

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

**O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO ADEQUADO
PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.
Fundamentos e aplicações da participação popular e da consensualidade nos
litígios estruturais**

PEDRO FELLIPE DE SOUZA PEREIRA

**Rio de Janeiro
2021**

PEDRO FELLIPE DE SOUZA PEREIRA

**O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO ADEQUADO
PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.**

**Fundamentos e aplicações da participação popular e da consensualidade nos
litígios estruturais**

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 orientação do **Professor Dr. Emiliano Rodrigues Brunet Depolli Paes.**

Rio de Janeiro

2021

PEDRO FELLIPE DE SOUZA PEREIRA

**O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO ADEQUADO
PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.
Fundamentos e aplicações da participação popular e da consensualidade nos
litígios estruturais**

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 orientação do **Professor Dr. Emiliano Rodrigues Brunet Depolli Paes.**

Data da Aprovação:

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

*As páginas desta tese são dedicadas a meu Pai,
aquele que me ensinou a ver o mundo.*

AGRADECIMENTOS

Considero que a defesa desta tese e a colação de grau que se aproxima são a consolidação de um sonho coletivo. Por este motivo, entendo que o presente espaço é insuficiente para transmitir a gratidão que sinto por todos aqueles que compartilharam este processo comigo. Ainda assim, aproveito a oportunidade para afagar aqueles que me acompanharam nessa caminhada.

Inicialmente, agradeço ao meu Pai (*in memoriam*), José Alves, que sonhou os meus sonhos desde os meus primeiros passos e sempre se empenhou em me fazer crescer. Hoje sei que gratidão e saudade são sentimentos que podem coabitar pacificamente em um mesmo coração. Agradeço à minha mãe, Marli, que com muito afeto e cuidado deu as bases para o caminho que venho trilhando.

Entendo ser privilegiado por pertencer a famílias tão afetuosas, que fazem dos caminhos mais tortuosos uma simples passagem. O benefício de ter uma árvore genealógica com tantas ramificações se transforma em dificuldade para escrever estes agradecimentos. Os incontáveis gestos de apoio tornam inviável agradecer nominalmente a cada um. Avó, irmãos, tios, sobrinhos, primos e cunhados, saibam que este agradecimento não é apenas pela formalidade. Pertence a vocês a fonte de toda a segurança que eu trago nos meus passos.

Sou igualmente grato pelos laços que criei durante o caminho. Agradeço à Paula Mercez que com muito amor e companheirismo compartilhou as dores e as conquistas deste processo. Às amigas construídas na Faculdade Nacional de Direito, agradeço por dar leveza à jornada universitária. Menciono especialmente Alice Maciel, Alan Lopes, Caio Barbosa, Gabriel Carneiro, Gustavo Almeida, Leonardo Terencio (*in memoriam*), Luiza Corrêa, Manitou França, Pedro Marques, Tainá Braga, Thales Lopes, Tom Zoneschein, Rafael Borges e Renato Alves.

Agradeço às amigas construídas no Colégio Pedro II por colaborarem para o meu crescimento. Trago um pouco de cada um de vocês na minha essência. Em especial, Andressa Matos, Elias Rebelo, Gustavo Alves, Matheus Fortes, Matheus Jeremias, Victor Brandão, Vitor Hugo e Wallace Barreto.

Agradeço aos companheiros da PGE-RJ, que fizeram das minhas tardes momentos de aprendizado e descontração. Agradeço também à Dra. Adriana Bragança e à Dra. Gláucia Santana por influenciarem significativamente na minha formação como operador do direito. Por fim, agradeço ao meu orientador, Emiliano Brunet e aos integrantes do Grupo de Estudo

das Instituições Democráticas, Sociedade e Políticas Públicas - GIDESPP, que tanto contribuíram para este trabalho e para o desenvolvimento da minha trajetória acadêmica e profissional.

RESUMO

O ponto inicial do presente trabalho é a existência de um déficit metodológico na interação entre o direito e as políticas Públicas. Tal dificuldade teórica repercute na atuação do operador do direito nos processos que abordam políticas públicas. Neste particular, o presente trabalho pretende investigar o processo estrutural como alternativa possível para tratar desses litígios. Para investigar a aptidão do referido mecanismo, a pesquisa analisa os fundamentos teóricos que embasam a teoria e a aplicação dos seus institutos em demandas concretas. A tese busca analisar a compatibilização do mecanismo considerando a separação de poderes e a teoria das capacidades institucionais. Do ponto de vista da aplicabilidade, o presente trabalho monográfico analisa estudos empíricos que abordam a efetividade dos institutos que formam o processo estrutural. O recorte escolhido para a investigação diz respeito ao caráter consensual das decisões estruturais e à abertura para a participação popular no processo. Nesse contexto, o trabalho pretende analisar se o processo estrutural é o instrumento adequado para a intervenção judicial nas políticas públicas.

Palavras-chave: políticas públicas; controle judicial; litígios complexos; processo coletivo; processo estrutural; participação popular;

ABSTRACT

The starting point for the present study is the existence of a methodological deficit in interaction between Legal Science and Public policy. This theoretical difficulty interferes in judicial intervention in public policy. In this sense, the present study analyzes the institutional litigation as an efficient alternative for the resolution of complex litigation. The dissertation analyses the theoretical foundations that consolidate the structural injunctions and the applicability of its instruments. The study intends to examine the compatibility considering the separation of powers and the theory of institutional capacity. From the point of view of applicability, the research analyzes empirical studies about the efficacy of its instruments. The full participation of all interested subjects and the negotiate in procedural instance are the main object of study. Therefore, the present study intends analyze if structural injunction are the appropriate model to litigations about public policies.

Keywords: public policies; judicial control; complex litigation; structural injunctions; popular participation

Sumário

1 INTRODUÇÃO	10
2 PROCESSO E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA QUESTÃO METODOLÓGICA	13
2.1 Crítica à abordagem tradicional: A relação entre Direito e Políticas Públicas	14
2.2 A compreensão dos arranjos institucionais pelo Poder Judiciário	18
2.3 O Processo Estrutural como alternativa	21
3 PRIMEIRAS IMPRESSÕES: O PROCESSO ESTRUTURAL COMO TEORIA	24
3.1 Aspectos gerais para uma leitura estrutural	28
4 PARTICIPAÇÃO POPULAR E CONSENSUALIDADE NO PROCESSO ESTRUTURAL	32
4.1 Legitimidade e Representação no âmbito do Judiciário	33
4.1.1 Transposição de barreiras: O debate sobre representação na esfera judicial	35
4.2 Consensualidade e Capacidade Institucional	37
4.2.1 Argumentos para um modelo dialógico de processo	38
4.2.2 A postura das partes e do juízo	42
4.2.3 Peças no tabuleiro	47
5 O ALCANCE PRÁTICO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR E DA CONSENSUALIDADE	54
5.1 A compreensão dos limites	55
5.2 Um olhar sobre a eficiência dos processos estruturais	62
6 CONCLUSÃO	68
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por objeto de análise a relação entre a teoria do processo estrutural e as políticas públicas. A atuação do Estado-Juiz na atividade prestacional suscita largo debate no direito nacional, muito por conta da dificuldade da compreensão das particularidades que envolvem a estruturação de uma política pública, pelos operadores do Direito.

Tem-se como ponto de partida do presente trabalho a existência de um problema metodológico entre Direito e Políticas Públicas. Diogo Coutinho salienta que a compreensão limitada do jurista dificulta a leitura da estrutura que compõe uma política pública (2013, p. 187):

Para os juristas administrativistas, as políticas públicas são, em regra, formalmente traduzidas como uma sucessão de atos administrativos e não como *continuum* articulado e dinâmico, estruturado em torno de fins previamente articulados a meios (Bucci, 2002, p. 18). Essa visão fragmentária impõe limitações severas à compreensão de políticas públicas como planos de ações prospectivas que, para serem efetivos e eficazes, precisam de alguma dose de flexibilidade e revisibilidade (isto é, serem dotados de mecanismos de autocorreção), já que estão em permanente processo de implementação e avaliação

O distanciamento entre a academia jurídica e o campo das ciências políticas fomenta uma incompreensão teórica dos institutos. Conforme salienta Maria Paula Bucci (BUCCI, 1997), o chamado “Regime Jurídico das Políticas Públicas” carece de densidade teórica, tendo em vista o pouco tempo de estudo acadêmico das ciências jurídicas acerca do tema.

Por conseguinte, a atuação prática do Poder Judiciário e das Instituições Essenciais à Justiça no campo em questão opera de forma desconexa, e provoca ineficiências na operação dos arranjos estatais. De modo geral, o jurista tende a aplicar o mesmo ferramental utilizado no processo judicial tradicional, o que corrobora para uma sistematização baseada no binômio proibição e permissão (COUTINHO, 2013). Nada obstante, o processo de efetivação de uma política pública suscita a ativação de diversos mecanismos de *input*, que não seguem os estímulos imediatos como ocorrem com as partes que ocupam uma relação jurídica processual.

Soma-se a isso o fato de as instituições apresentarem grande dificuldade em operar em conformidade com a atuação prestacional do Estado. A matriz de grande parte dos dispositivos jurídicos que regulamentam a administração pública é o modelo de Estado Liberal. Nesse sentido, o instrumental jurídico, naturalmente voltado à contenção do poder estatal, ainda encontra dificuldades para compreender a atuação prestacional mais relacionada ao Estado Social. (BUCCI, 1997).

É com a finalidade de suprimir as dificuldades de uma intervenção judicial desordenada nas políticas públicas que a doutrina tem buscado elementos para elaborar novos meios de atuação que sejam compatíveis com a complexidade do processo de criação e implementação de uma política pública. Uma das alternativas pensadas é a teoria do processo estrutural:

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. (VITORELLI, 2018, p. 333)

Como será abordado ao longo do trabalho, ainda que não seja seu único viés, o processo estrutural tem se consolidado como alternativa para uma intervenção judicial mais compatível com as políticas públicas. Em âmbito nacional, tem viés eminentemente prático. Isto é, os principais expoentes do tema são agentes do processo coletivo, e convivem com as dificuldades da atuação baseada nos institutos tradicionais do Processo Civil. Neste sentido, a leitura interna do processo estrutural tem se formado a partir da conjunção entre o componente prático e a teoria acadêmica. Menciona-se que parte dos referenciais teóricos que embasam o presente trabalho são obras que abordam casos reais. Cita-se, a título de exemplificação, o artigo “Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão”, desenvolvido por Sérgio Arenhart.

Quanto ao estado da arte, nada obstante o tema da judicialização das políticas públicas esteja presente na academia desde o século passado, a teoria do processo estrutural é recente no Brasil. Tal característica repercute na leitura oscilante de alguns conceitos que embasam a teoria. Tem-se, portanto, uma das justificativas para a produção de novos trabalhos sobre o tema: Catalizar, no âmbito da academia, o acúmulo teórico dos conceitos que embasam o processo estrutural.

Salienta-se que este trabalho não pretende abordar todos os dissensos conceituais existentes, tendo em vista o atendimento aos limites práticos da investigação e ao enfoque escolhido para o projeto. O enfoque pretendido concerne aos institutos do processo estrutural que possibilitam maior consensualidade dos agentes institucionais na resolução dos litígios, e maior participação popular nas decisões.

Ao longo do estudo, pretende-se compreender de que forma a atuação do processo estrutural, em sendo mais aberta à participação e à consensualidade e, portanto, sendo mais deferente à complexidade dos problemas típicos das políticas públicas, pode se tornar mais eficiente e legítima.

O caráter interdisciplinar da temática permite a composição de matrizes teóricas distintas, com a finalidade de produzir novas hipóteses acerca do tema, bem como viabiliza a ampliação das abordagens sobre os institutos. Nesse aspecto, ainda que a maioria dos estudos ao processo estrutural tenha origem no Processo Civil, o presente trabalho pretende construir uma abordagem voltada para o âmbito das Políticas Públicas e da Teoria das Instituições.

Por suposto, em sendo uma matriz essencialmente processual, não há como renunciar integralmente ao Processo Civil. Nada obstante, a multiplicidade de perspectivas permite a construção de uma abordagem ainda pouco explorada, voltada à participação popular na resolução do litígio estrutural e à postura institucional dos órgãos envolvidos na demanda.

Por fim, pretende-se analisar a aplicabilidade dos institutos supramencionados, a fim de compreender os limites práticos do incremento da participação popular e da consensualidade na resolução de litígios que envolvem políticas públicas.

2 PROCESSO E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA QUESTÃO METODOLÓGICA

A definição de um ponto de partida é fundamental para a compreensão de qualquer problemática científica. No presente trabalho, pelos motivos que passo a expor neste capítulo, parte-se da ideia de que o problema entre processo e políticas públicas têm natureza eminentemente metodológica. A dificuldade prática encontrada pelo operador do direito é proveniente do distanciamento metodológico entre o Direito e as demais Ciências Sociais. Por conseguinte, o jurista tende a aplicar, nos litígios que tratam de políticas públicas, os mesmos mecanismos do Processo Civil tradicional.

Nota-se, ainda, que a incompreensão interfere diretamente na identificação dos momentos da criação de uma política pública. Sem identificar que o processo é feito de etapas, o operador do direito tende a desconsiderar a escala de atuação do Poder Judiciário. No sistema presidencialista, boa parte do processo de criação e consolidação de uma política pública decorre da ação do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Neste ponto, o componente judicial alcança apenas alguns fragmentos deste processo.

Por outro lado, nos últimos anos a academia jurídica tem voltado os olhos para reflexões que englobam o campo das políticas públicas. Como será abordado no decorrer do capítulo, a abordagem entre estas áreas do conhecimento podem ser analisada por meio de vertentes. Maria Paula Dallari Bucci entende que três vertentes despontam como mais promissoras para correlacionar os dois campos (BUCCI, 2019). Quais sejam, relacionadas ao direito material, à relação entre as disciplinas e ao controle. Esta última se afigura como mais importante para o objeto desta tese.

Veja-se, ainda, que a conexão entre os campos não deve partir da simples junção de conceitos, a fim de construir um subcampo dentro do campo das ciências jurídicas. Conforme será abordado no decorrer do capítulo, esta não parece ser a melhor solução para dissolver o distanciamento. Em seu lugar, propõe-se a ideia de abordagem como a mais compatível para construir uma metodologia de compreensão entre direito e políticas públicas (BUCCI, 2019).

A relação entre os campos reflete na solução das problemáticas complexas que envolvem ambas as matérias. No caso em análise, tal conexão visa a analisar a relação entre o processo judicial e as políticas públicas. O contexto reclama a construção de uma metodologia jurídica que esteja apta a utilizar os conceitos e os parâmetros analíticos das políticas públicas. O dever metodológico que respalda a abordagem entre direito e políticas públicas torna-se, em segunda análise, um facilitador para a resolução dos litígios complexos. Isto porque, o oposto disso, qual

seja, a atuação que ignora os conceitos e o marcos teóricos já existentes, tende a produzir soluções jurídicas pouco convincentes.

Ademais, as questões que envolvem políticas públicas demandam uma movimentação dos arranjos institucionais do Estado. O entendimento destes mecanismos é parte integrante do processo de readequação do processo judicial aos litígios estruturais. Com algumas distinções entre os cientistas políticos envolvidos, desponta como ferramenta de observação das políticas públicas a esquematização em ciclos, ou heurística das fases. Tal modelo traduz em forma de etapas os momentos da tomada de decisão na esfera administrativa. Isto é, a identificação do problema; a formação da agenda; a formulação de alternativas; a tomada de decisão; a implementação; a avaliação e a extinção (SECCHI, 2012, p. 33-60). Entende-se que as demandas que chegam ao Poder Judiciário tratam de ineficiências no processo de implementação da política. No entanto, a percepção de que as etapas são interdependentes exige que as instâncias de controle levem em consideração o processo de forma integral, a fim de evitar a fixação de compromissos inexecutáveis e desconexos com a realidade.

No presente capítulo, pretende-se fixar um ponto de partida para a dificuldade de definir uma metodologia de atuação em litígios judiciais que seja afeita aos processos que envolvem políticas públicas.

2.1 Crítica à abordagem tradicional: A relação entre Direito e Políticas Públicas

A separação física e intelectual da academia jurídica em relação às demais Ciências Sociais tem forte influência na formação dos juristas (AZEVEDO, 1989). A ausência de contato com outros campos provoca no operador direito um constante estado de estranheza quando enfrenta questões sociais complexas. No ponto, tais questões fazem parte da prática jurídica, eis que a rotina forense é espelho das demandas sociais. Numa sociedade que produz conflitos em profusão, como a que vivemos atualmente, o Poder Judiciário se torna moderador de conflitos que suscitam a aplicação de métodos que excedem o raciocínio jurídico clássico.

A práxis forense formou no jurista uma compreensão pré-definida para a resolução de litígios. Em regra, dois polos antagônicos disputam, no processo, a procedência de seus pleitos, a fim de que tenham garantido o “bem da vida”. Solidificou-se, portanto, a noção de processo como mediador de forças antagônicas, forjado na dualidade de interesses distintos. Nada

obstante, a aplicação deste raciocínio não é suficiente para solucionar todos os litígios os quais o Poder Judiciário é instado a resolver.

Há uma certa dificuldade em compreender que o referido mecanismo dialético tem abrangência limitada, e pode agravar desconformidades já existentes. A atuação judicial no processo coletivo, especificamente nas políticas públicas, exemplifica tal dificuldade de compreender as limitações do modelo dual. É bem verdade que nos últimos anos a academia jurídica tem trabalhado o problema da judicialização de direitos fundamentais como de primeira ordem, o que é comprovado pelo número de produções acadêmicas sobre o tema. A professora Maria Paula Dallari Bucci desenvolveu importante estudo analítico visando a encontrar diagnósticos e alternativas possíveis para a questão. No texto “Contribuições para a redução da judicialização da saúde” a autora propõe uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas, por meio de três elementos essenciais para o entendimento da relação entre Direito e Políticas Públicas. Quais sejam, a atuação preponderante do Poder Executivo, a compreensão da escala governamental e a visão prospectiva das demandas.

Assim, é familiar a abordagem de políticas públicas, a partir de práticas metodológicas já consolidadas na ciência política, gestão pública e economia, examinar a escala do problema, sua dimensão quantitativa, bem como comparações temporais e geográficas em face do público demandante, do alvo ideal de um programa de experiências similares no contexto internacional, e assim por diante. Para o direito, a apreciação estatística, que se vale de métodos próprios de outras áreas do conhecimento subsidia a compreensão da dimensão coletiva de alguns direitos, como é o caso da saúde pública. (BUCCI, 2013. p 39)

A atuação judicial em litígios de repercussão coletiva demanda do operador do Direito aptidão para lidar com instrumentos que excedem o seu ponto comum de atuação. A utilização de novos mecanismos vai desde a identificação do problema e do público alvo, até a efetivação da tutela devida ao grupo atingido. Veja-se que pelo afastamento acadêmico entre a ciência jurídica e as demais ciências sociais, a leitura de tais litígios é excessivamente custosa para o operador do direito. Em verdade, o mais comum é que no caso concreto o arranjo de uma política pública seja preterido pelo jurista, com este atuando de forma incompatível com a especificidade do litígio.

A desconsideração desse aspecto explica, em parte, a dificuldade própria da atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, relacionada ao caráter individualista dos mecanismos típicos do processo judicial. A técnica do processo judicial se desenvolveu com base na teoria jurídica liberal dos direitos individuais, focada nas relações entre indivíduos e voltada aos conflitos entre indivíduos. (BUCCI, 2013. p 39)

Por outro lado, um processo de aproximação entre o direito e as políticas públicas passa pela compreensão da ligação entre os dois campos. Maria Paula aponta que os estudos que

começam a aflorar na academia jurídica sobre Políticas Públicas devem ter o cuidado em não incorrer no erro da construção de um novo campo do conhecimento (BUCCI, 2019). Isto é, a conjunção entre Direito e Políticas Públicas não deve ter como finalidade a construção de um novo campo ou subcampo. De acordo com a autora, nos últimos anos a academia jurídica tem iniciado o processo de construção de um pensamento que considera a metodologia das políticas públicas. No entanto, tal construção é infrutífera para os fins pretendidos, quando desconsidera a percepção sistêmica do objeto.

A alternativa pensada para a relação entre os dois campos é o conceito de abordagem (BUCCI, 2019). Veja-se que a ideia de abordagem não diz respeito à criação de um novo sistema, mas de considerar os padrões metodológicos já existentes, a fim de formar uma consciência metodológica:

Essa proposta traz interessante roteiro metodológico, mas a ideia de subcampo, no qual estariam contidas as vertentes de problemas elencados pelos autores é um começo, não bastando para explicar por que razão alguém abandonaria o campo disciplinar em que foi formado e está confortavelmente estabelecido, em prol de um novo subcampo, cujos contornos permanecem bastante vagos. Por isso parece mais profícua a abordagem Direito e Políticas Públicas – como essa plataforma epistêmica mencionada pelos autores, “aberta tanto a uma gama de disciplinas isoladas como ao trabalho multidisciplinar” – do que a concepção de campo ou subcampo. (BUCCI, 2019, p 794)

A reflexão com base nos parâmetros analíticos das políticas públicas evita a construção de uma falsa interdisciplinaridade, de modo que uma abordagem de direito e políticas públicas razoável tem como pilar a utilização destes elementos. Cita-se como parâmetros de representação os Quadros Conceituais, as Teorias e os Modelos (OSTROM, 2007). Tais instrumentos são os meios pelos quais os estudiosos do campo exploram seus objetos de estudo e constroem soluções para as problemáticas analisadas. Por conseguinte, também partirá destes elementos a fonte para a abordagem de direito e políticas públicas.

Nada obstante, a construção da abordagem passa pela compreensão dos limites fáticos previamente constituídos. A academia jurídica sofre forte influência do meio externo, fundamentalmente, da prática forense, o que repercute na relação entre o direito e as políticas públicas. No ponto, não se trata de dificultador, mas apenas uma peculiaridade do campo jurídico (BUCCI, 2019).

Maria Paula entende que os pontos de conexão criados até o presente momento variam conforme a possibilidade de criar pontes sólidas entre os campos. No ponto, três vertentes se destacam como mais promissoras na construção da abordagem. Quais sejam, i) vertente do direito material; ii) vertente do controle; iii) vertente das disciplinas. Ainda que as vertentes se

comuniquem entre si, verifica-se que a instância do controle é a mais relevante para a matéria abordada neste trabalho.

Como salientado, a forte influência da prática forense na academia jurídica provoca novos debates, que visam, em última análise, conferir mais influência à atuação dos profissionais do direito. Neste particular, o aumento do volume de demandas que tratam sobre políticas públicas reflete na criação de novos marcos teóricos. Para tanto, duas premissas devem ser consideradas. A primeira diz respeito à necessidade de pensar a atuação jurisdicional como algo inevitável, dada a sua importância na garantia de direitos. Em segunda instância, tem-se que a metodologia atual não é compatível com o objeto analisado, ao passo que reclama a criação de alternativas.

Um exemplo da natureza profissionalizante da academia jurídica é a formação do processo estrutural, na doutrina nacional. Parcela significativa dos autores que abordam o tema são operadores de direito que atuam em demandas coletivas que tutelam políticas públicas, e entendem que o modelo tradicional é insuficiente para dirimir litígios complexos. Cita-se, a título de exemplificação, Sérgio Arenhart, Edilson Vitorelli, Hermes Zaneti Junior e outros autores. Tal peculiaridade dos estudos jurídicos insere no processo de construção de conceitos o objetivo geral de gerar bons marcos teóricos para a solução de problemas práticos. Para tanto, a persecução de tal objetivo necessita de um alinhamento metodológico, a fim de construir abordagem apta ao trato das questões atinentes às políticas públicas.

O cerne metodológico da questão sedimenta as consequências do processo. Resta evidente que, antes de trabalhar com a hipótese de readequação dos instrumentos processuais, é necessário que o jurista compreenda que as demandas sobre políticas públicas partem de referencial teórico diverso. A partir dessa premissa é possível construir uma releitura dos que se entende como Processo Civil.

Importante salientar que até mesmo os instrumentos já ambientados à prática processual, como é o caso das audiências públicas, se tornam ineficazes caso não haja uma releitura do conceito de processo. Parte-se do pressuposto que a participação da sociedade civil por meio de audiências públicas é uma das alternativas para a atuação nos litígios que envolvem políticas públicas. No entanto, para que o ato seja eficaz, é necessário que os envolvidos estejam cientes que a tomada de decisões de grande repercussão social não pode reproduzir a mentalidade de um procedimento judicial comum, notadamente no que tange à sobreposição de interesses antagônicos. A abertura de espaços de discussão deve servir como um meio de obtenção de

consensos. Dessa forma, utilizar-se dessa esfera como um espaço de confronto torna o instrumento ineficaz na consecução do interesse público.

Trata-se de um processo de redefinição das finalidades dos espaços de discussão, que não podem ser compreendidos apenas como locais de disputa entre os polos envolvidos na demanda. Nota-se, ainda, que a complexidade dos sujeitos envolvidos nos litígios reforça a necessidade de modificar os mecanismos de participação. No âmbito das políticas públicas, são interessados não apenas sujeitos individualmente considerados, mas grupos sociais de relevância coletiva. Garantir o direito de influir àqueles que serão atingidos pela decisão decorre de um esforço de flexibilização e de adequação a uma das noções mais básicas do Direito: o contraditório.

Veja-se que no âmbito do simulacro processual a noção de participação é concretizada no direito de petição. Considera-se bem sucedido do ponto de vista do contraditório o processo que permite às partes o direito de peticionar nos autos e de ter os seus fundamentos analisados pelo juiz. No entanto, no âmbito das políticas públicas a ideia de participação comporta outros fatores. Um processo judicial que se propõe a tratar de políticas públicas deve estar apto a ressignificar a noção de participação. Conforme será abordado nos próximos capítulos a abordagem entre direito e políticas públicas demandas dos agentes processuais novas posturas.

2.2 A compreensão dos arranjos institucionais pelo Poder Judiciário

A opção pelo modelo presidencialista repercute diretamente nas atribuições dos poderes constituídos, de modo que cabe ao Poder Executivo a racionalidade das políticas públicas (BUCCI, 2017): “No sistema presidencialista, o Poder Executivo é responsável tanto pela direção política do governo como pela gestão da máquina administrativa, que dá impulso e das iniciativas que dão forma às políticas públicas”.

As instituições que protagonizam na esfera das políticas públicas integram majoritariamente o Poder Executivo. Do mesmo modo, cabe a este poder a gestão dos recursos que serão utilizados nos programas de governo. Nesse mosaico de atribuições, cumpre ao Poder Judiciário uma parcela limitada do ciclo de políticas públicas, voltada especificamente ao reflexo destas na sociedade. No entanto, ainda que a atuação judicial seja voltada aos reflexos da política pública, o Poder Judiciário não pode desconsiderar as demais etapas, sob o risco de intervir de forma inapropriada no ciclo da política pública.

Sendo um campo predominantemente estranho ao Poder Judiciário, a atuação no âmbito das políticas públicas deve obedecer a outros parâmetros, de modo a compreender a estrutura do Poder Executivo. Neste particular, é essencial o entendimento dos arranjos

institucionais para compreender o processo de implementação de uma política pública. Conceitua-se arranjo institucional como (Pires & Gomide, 2014) “o conjunto de regras, mecanismos e processos que definem a forma particular como se coordenam atores e interesses na implementação de uma política pública específica.

A partir deste conceito é possível analisar as formas adotadas pela Administração Pública na execução dos planos governamentais. A diversidade de atores institucionais é parte da essência do modelo republicano. Instâncias burocráticas de diferentes poderes e níveis de governo, parlamentares e organizações da sociedade civil compõem o leque de atores que exercem influência nos rumos das políticas públicas (PIRES & GOMIDE, 2014). No entanto, como regra geral, a atuação do Poder Judiciário ignora as instâncias internas da Administração e prolata provimentos imediatos. Para ilustrar essa questão, cita-se a hipótese levantada por Eduardo José da Fonseca Costa, que merece ser transcrita integralmente ante a corporificação de um procedimento hipotético na esfera administrativa:

Quando o Poder Judiciário condena um determinado Município a desativar em tempo diminuto um lixão a céu aberto e construir uma unidade de coleta e de tratamento adequado do lixo urbano, muitas vezes não tem em mente que a implantação dessa nova política exige, por exemplo: a) disponibilidade orçamentária para a aquisição do terreno ou a afetação de um terreno já possuído para a nova destinação pública; b) interdição da área do lixão; c) retirada de pessoas do novo terreno; d) realização de concurso público e capacitação de novos servidores para o tratamento adequado do lixo; e) realização de licitação para a edificação da nova unidade e para a compra de materiais de trabalho; f) contratação de vigilância permanente para impedir o ingresso de pessoas no local, antes acostumadas à cata de resíduos; g) implantação de programa de educação ambiental de manejo de lixo para a população residente às voltas do extinto lixão; h) implantação de coleta fina e regular de lixo nos bairros circundantes ao extinto lixão; i) revogação dos alvarás concedidos às empresas que antes despejavam resíduos no lixão; j) implantação de plano de recuperação ambiental da área degradada; k) cadastramento e capacitação de cooperativas de coleta, separação e destinação de material reciclável; l) adequação de todos esses gastos no tempo em função do planejamento orçamentário preestabelecido; m) desvinculação das verbas públicas anteriormente destinadas a outras finalidades. O cumprimento da obrigação de fazer terá de obedecer a um cronograma e será fracionado entre as diversas secretarias municipais encarregadas da tarefa pertinente (Secretaria de Planejamento, Secretaria de Obras Públicas, Secretaria de Finanças Públicas, Secretaria da Educação, Secretaria de Meio Ambiente, Secretaria de Serviços Públicos, Secretaria de Orçamento, Gabinete do Prefeito etc.). (COSTA, 2012, p 120)

Destaca-se que a noção de arranjos institucionais elucidada o componente social, haja vista o entendimento das relações dos movimentos da sociedade civil, bem como nos permite compreender a perspectiva governamental da execução das políticas. Torna-se evidente a perspectiva setorial da administração, eis que os órgãos de estado atuam de forma coordenada em conformidade com regras que definem previamente os arranjos a serem adotados. A escolha de atores específicos, designados para operar na consecução de determinados interesses

públicos, em tese, obedece a uma racionalidade gerencial que considera a expertise dos sujeitos investidos na administração.

Os arranjos institucionais são responsáveis por delinear a normatização, o financiamento e a execução das políticas (FAVARETTO, LOTTA, 2016). Isso posto, uma intervenção judicial que se propõe a atuar no âmbito das políticas públicas deve ter como central o arranjo institucional que está por trás da política analisada.

Nota-se que a coordenação dos arranjos institucionais é atividade central na organização das práticas governamentais. A interação entre as instituições faz parte de uma escolha política e reflete a natureza da estratégia adotada por determinado governo. Ademais, a estrutura federativa brasileira permite variações no grau de centralização setorial e federativa. Os instrumentos de coordenação setorial apostam na operação conjunta de pastas diversas da administração:

Uma primeira variável analítica é a intersetorialidade ou articulação horizontal. A intersetorialidade é a articulação de diferentes setores para, conjuntamente, construir soluções que resolvam de forma produtiva problemas sociais (Cunill Grau 2005). É construída pela conjunção de saberes e experiências para formulação, implementação, monitoramento ou avaliação de políticas públicas buscando alcançar resultados sinérgicos em situações complexas. (FAVARETTO, LOTTA, 2016, p 54)

O fator intersetorial permite o compartilhamento de saberes institucionais diversos. A coordenação entre os setores, caso bem executada, facilita o trabalho dos agentes. No ponto, trata-se de reordenamento institucional que deve ser considerado no bojo de uma intervenção judicial bem executada. A construção de soluções para uma situação de desconformidade perpassa pelo entendimento do foco da desestruturação. Em grande parte dos casos, significa entender qual setor da administração está atuando de forma deficitária. Nesta toada, compreender a distribuição das tarefas deve ser parte da atuação dos órgãos que atuam na esfera do judiciário. Em outra ponta, o modelo federativo brasileiro impulsiona a atuação cooperativa entre os entes, o que reflete na elaboração de políticas interfederativas:

Para compreender o desenho das políticas e as relações federativas, Arretche (2012) sugere considerar a diferença entre o que chama de Policy Making (quem tem autoridade formal e responsabilidade sobre a política) e Policy Decision Making (quem tem autonomia para tomar decisões sobre as políticas). Nesse sentido, sugere que se diferencie a descentralização em três variáveis: descentralização política (possibilidade de que governos locais sejam eleitos diretamente); descentralização fiscal (participação das receitas e gastos dos governos subnacionais sobre o gasto agregado); descentralização de competências (responsabilidade pela execução das políticas públicas, considerando que a execução é diferente da autonomia decisória para definir as políticas públicas). (FAVARETTO, LOTTA, 2016, p 54)

A repartição vertical das atribuições institucionais tem reflexos ainda maiores na atuação do componente judicial. Isto porque, a participação de entes de instâncias distintas pode vir a provocar mudanças no âmbito das regras que regulamentam a competência judicial.

Ademais, ainda que não haja modificação neste fator, a influência de órgãos de instâncias distintas suscita a atuação conjunta de mais órgãos de controle, como é o caso da atuação integrada entre Ministérios Públicos Estaduais ou entre estes e o Ministério Público Federal.

Destaca-se que o modelo federativo brasileiro impõe ao controlador a percepção da capacidade de cada ente para a realização dos objetivos definidos na Constituição. Cita-se, como principal exemplo, a variedade de realidades municipais existente em todo o território municipal. A grandeza territorial do país reflete na diversidade de conjunturas socioeconômicas. Nesse sentido, a atuação judicial deve observar o ambiente institucional para atribuir responsabilidades ao gestor público. Tal tarefa, ainda que pareça de baixa complexidade, demanda um conhecimento aprofundado da estrutura governamental analisada, a fim de mensurar a capacidade técnico administrativa para a implementação de políticas públicas.

A introdução destes conceitos na esfera judicial faz parte do processo de aproximação metodológica entre o direito e as políticas públicas. Trata-se de alterar a racionalidade jurídica no que tange à percepção da multiplicidade de agentes e comandos que estão envolvidos em uma política pública. Decorre dessa necessidade a construção de alternativas para o modelo predominante de ação judicial nos litígios sobre políticas públicas.

2.3 O Processo Estrutural como alternativa

Conforme será melhor abordado no capítulo subsequente, a projeção de uma teoria do processo estrutural em âmbito nacional decorre da experiência norte-americana. Neste país se consolidou a ideia de que a tutela jurisdicional de litígios estruturais deve analisar a perspectiva macro. Isto porque, percebeu-se que o descompasso entre as posturas estatais e o ordenamento jurídico decorre de falhas institucionais. Ademais, entendeu-se que a solução para questões complexas não surge de análises individualizadas, centradas em garantir a satisfação de alguns sujeitos. Decerto, se solidificou a ideia de que o Poder Judiciário deve atuar de modo a catalisar movimentos de reestruturação de desconformidades sociais. Nas palavras de Owen Fiss:

O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa injunção é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas (FISS, 2017, p. 120)

Nesse viés, o cerne da questão processual deixa de ser apenas a contenção dos reflexos de uma política pública mal executada, e passa a ser a estrutura como um todo. Traçando um paralelo com a teoria dos ciclos das políticas públicas, o processo estrutural demanda uma

atuação que excede a análise da implementação, e passa a observar as demais etapas do processo.

Veja-se que o processo estrutural descreve uma relação entre fases do procedimento judicial que privilegia um sistema de diagnóstico, implementação e revisão. Notável, portanto, que a progressão entre as etapas não segue aspectos lineares, de modo a ter mais semelhanças com a concepção cíclica. Edilson Vitorelli, na obra *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*, esquematiza a progressão cíclica do processo estrutural em i) diagnóstico da situação da estrutura; ii) elaboração do plano; iii) implementação do plano; avaliação dos resultados do plano e iv) revisão do plano de implementação do plano revisto (VITORELLI, 2020).

Importante salientar que a referida esquematização, assim como o ciclo das políticas públicas, não tem como finalidade descrever com exatidão os referidos procedimentos. Ao contrário, são construções de interesse didático que facilitam o entendimento do desenho complexo que envolve as políticas públicas e o processo estrutural. Trata-se de aproximação metodológica fundamental para o desenvolvimento de uma relação processual que seja compatível com a intervenção judicial nas políticas públicas.

No ponto, o esquema de fases citados acima remonta a intervenção judicial no sistema penitenciário do estado do Arkansas, nos Estados Unidos. Neste processo, considerado paradigmático pela doutrina norte-americana, o juízo entendeu existir violação sistemática de garantias fundamentais, causada pela superlotação das cadeias do estado do Arkansas. Com o intuito de reformular a desconformidade existente, o juízo introduziu uma metodologia de provimentos sucessivos, estabelecendo etapas para a transição ao status quo entendido como ideal.

À medida que se afirma a necessidade de desenvolver novas práticas em litígios que tratam de políticas públicas, ganha notoriedade a análise dos instrumentos que conferem ao processo estrutural maior aptidão para tratar destas questões. Neste particular, salienta-se a acentuação das dimensões participativa e consensual.

Não raro, a atuação do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas encontra obstáculo na tradicional objeção democrática¹. A alegação de ingerência no convívio entre os poderes instituídos parte de uma concepção rígida da divisão entre Executivo, Judiciário e Legislativo. No entanto, tal percepção formal tem sido robustecida com base na leitura que privilegia os direitos fundamentais (PEIXINHO, 2008). Isto é, acentua-se a permeabilidade

¹ Conrado Hubner, *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 173.

entre a teoria dos direitos fundamentais e os comandos que regulamentam a atuação dos poderes estatais. Neste aspecto, cabe também ao Poder Judiciário atuar como garantidor de direitos fundamentais, não havendo fundamento para limitações in abstracto que restringem a atuação judicial em questões que envolvem a atuação dos demais poderes, fundamentalmente em matéria de preceitos fundamentais.

A noção estrutural do processo tem como uma das consequências uma atuação mais afeita às etapas de implementação de uma política pública. A tomada de decisões na instância judicial passa a influenciar consideravelmente nos arranjos institucionais, notadamente na normatização, no financiamento e na execução das políticas. A consequência desse processo é um esforço dos estudiosos visando o desenvolvimento de técnicas capazes de compatibilizar a atuação do Poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais e a manutenção do protagonismo do Poder Executivo nas políticas públicas.

Trata-se da tentativa de manter o equilíbrio entre a concepção orgânica e a efetivação das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. Neste aspecto, o processo estrutural tem se consolidado como alternativa, ao passo que redefine a relação entre os atores do processo judicial. O juízo deixa de agir de forma impositiva e passa a moderar diálogos entre os sujeitos do processo. No ponto, a esfera judicial passa a ser receptiva a negociações políticas entre os sujeitos envolvidos no litígio, acentuando o caráter dialógico da relação processual (VITORELLI, 2020). Cabe ao juízo impulsionar as mudanças institucionais cabíveis e atuar e garantir que sejam devidamente implementadas. Veja-se que de tal forma o juiz compartilha a responsabilidade pela tomada de decisões com os demais atores processuais, e mantém nas mãos dos demais agentes do processo o protagonismo no âmbito das políticas públicas:

Quando uma Corte adota o ativismo dialógico, funciona como uma verdadeira força motriz que retira os setores políticos da sua inércia, fixando metas e parâmetros constitucionais a serem observados pelo Executivo, mas não impõe quais políticas públicas devem ser realizadas. Os detalhes orçamentários permanecem com os Poderes competentes para tanto, ou seja, o Executivo e o Legislativo. (ALBUQUERQUE, SERAFIM, 2020, p 653).

Por conseguinte, torna-se sem razão de existir a tese que sustenta a ausência de capacidade do Poder Judiciário para tratar tais questões, eis que a tomada de decisão não está exclusivamente sob controle do juiz do processo. Ademais, a ampliação da noção de contraditório eleva o grau de consensualidade entre os sujeitos do processo, que passam a ter maior influência nas decisões tomadas em juízo.

3 PRIMEIRAS IMPRESSÕES: O PROCESSO ESTRUTURAL COMO TEORIA

Através de uma análise detida das produções acadêmicas que versam sobre o tema, verifica-se que os fundamentos que embasam a teoria do processo estrutural ainda não estão completamente pacificados. No entanto, entende-se que para a finalidade deste trabalho, é possível citar alguns elementos entendidos como essenciais para a referida teoria.

Primordial o entendimento das alterações dos mecanismos para a identificação da demanda, as especificidades do contraditório judicial, bem como o conteúdo das decisões são os principais objetos deste estudo, eis que influenciam diretamente no componente a ser analisado: a relação entre processo, consensualidade e participação, nos litígios sobre políticas públicas.

Ainda que a distinção entre as culturas jurídicas exija que o tema seja observado através dos autores nacionais, é importante salientar a contribuição internacional para o desenvolvimento da doutrina brasileira. O que se entende como processo estrutural tem origem norte-americana, e tem como pano de fundo as dificuldades da jurisprudência estadunidense para diluir falhas sociais que excedem o campo individual. Os chamados litígios estruturais suscitam a atuação conjunta e gradual dos agentes institucionais. Diferentemente do que ocorre nos processos tradicionais, a superação para o estado de coisas pretendido ocorre após uma sucessão de fases, que funcionam como modelos de transição.

A abordagem do processo estrutural ainda é incipiente, em âmbito jurisprudencial e legislativo. A pesquisa realizada na elaboração desta monografia encontrou poucos resultados de decisões que identificam a existência de litígio estrutural e determinam a aplicação do processo estrutural. Em julgamento paradigmático, no bojo do Recurso Especial nº 1.854.847 - CE, a Ministra Nancy Andrighi, em processo de sua relatoria, deu importante voto sobre o Processo Estrutural. Na ocasião, a Terceira Turma do Supremo Tribunal de Justiça decidiu que uma demanda referente a políticas públicas de acolhimento institucional de crianças e adolescentes não poderia ser julgada liminarmente, tendo em vista a natureza complexa da demanda. Nos termos do acórdão², os litígios estruturais exigem elevado grau de cognição do juízo:

7- Para a adequada resolução dos litígios estruturais, é preciso que a decisão de mérito seja construída em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações do Estado em relação aos anseios da sociedade civil adequadamente representada no processo, por exemplo, pelos amici curiae e pela Defensoria Pública na função de custos vulnerabilis,

² STJ - REsp: 1854847 CE 2019/003194-6, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 02/06/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação. DJe 04/06/2020)

permitindo-se que processos judiciais dessa natureza, que revelam as mais profundas mazelas sociais e as mais sombrias faces dos excluídos, sejam utilizados para a construção de caminhos, pontes e soluções que tencionem a resolução definitiva do conflito estrutural em sentido amplo.

8- Na hipótese, conquanto não haja, no Brasil, a cultura e o arcabouço jurídico adequado para lidar corretamente com as ações que demandam providências estruturantes e concertadas, não se pode negar a tutela jurisdicional minimamente adequada ao litígio de natureza estrutural, sendo inviável, em regra, que conflitos dessa magnitude social, política, jurídica e cultural, sejam resolvidos de modo liminar ou antecipado, sem exauriente instrução e sem participação coletiva, ao simples fundamento de que o Estado não reuniria as condições necessárias para a implementação de políticas públicas e ações destinadas a resolução, ou ao menos à minimização, dos danos decorrentes do acolhimento institucional de menores por período superior àquele estipulado pelo ECA.

O presente julgado é paradigmático ao reconhecer a insuficiência do Processo Civil tradicional para tutelar casos de alta complexidade. Trata-se de crítica não apenas à legislação vigente, como também à racionalidade processual que predomina no direito nacional:

19) Diante dessas considerações, sobressai imediatamente a conclusão de que o processo civil em sua concepção clássica e tradicional, de índole marcadamente adversarial e individual, é insuficiente para uma tutela diferenciada e adequada dos litígios coletivos policêntricos, que possuem em sua ratio a construção de decisões de mérito em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração, por exemplo, dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações trazidas pelo Estado (em sentido lato) e pela sociedade civil, que pode ser representada, em conflitos de índole familiar, pelos conselhos tutelares, pelas entidades do terceiro setor, pelos amici curiae e pela Defensoria Pública exercendo a função de custos vulnerabilis, dentre outros.

Ademais, o acórdão avança ao dispor sobre as características que devem ser observadas nos casos desta natureza. Notável uma transposição da incipiente teoria do processo estrutural para a prática forense. Por meio desta decisão, o Superior Tribunal de Justiça parece pavimentar o caminho para que juízes da 1ª instância sintam-se amparados para utilizar os preceitos da teoria nos processos judiciais em que estão presentes aspectos estruturantes. Destaca-se que o acórdão dispõe de forma detida sobre as bases do processo estrutural, em um esforço conceitual que destoa de outros julgados da Corte. Decerto, trata-se de importante passo para a popularização e a consolidação da teoria como alternativa viável aos litígios de alta complexidade.

Por outro lado, em âmbito legislativo o processo estrutural ainda não foi positivado nestes termos. Em verdade, nada obstante a positivação de instrumentos que demarcam uma noção coletiva de processo, o Código de Processo Civil 2015 não consolidou um estatuto de processo coletivo. À época da sua promulgação, autores como Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe criticaram a postura individualista e alheia aos novos instrumentos de tutela coletiva da codificação processual. Neste viés, importante salientar o Projeto de Lei nº 8.058/2014, de iniciativa do Deputado Federal Paulo Teixeira, que estabelece “processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”. A proposta legislativa

assume a inevitável atuação do componente judicial, e introduz balizas legais para tal intervenção. O Projeto de Lei se propõe a criar uma verdadeira codificação, ao passo que estabelece base principiológica específica e dispõe sobre questões procedimentais.

Nada obstante o debate existente sobre a constitucionalidade da proposição, é visível o esforço técnico do legislador em criar uma norma que estabeleça parâmetros palpáveis para o processo judicial desta natureza. Na justificção do projeto consta a exposiçõ sobre o esforço doutrinário para a elaboraçõ da norma. Destaca-se a atuaçõ conjunta dos pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais - CEBEPEJ, da Faculdade de Direito de Vitória - FDV, do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP e da Universidade do Estado de São Paulo. Ao estabelecer as características de tal processo especial, a proposiçõ cita o caráter estrutural das demandas. Percebe-se, na leitura desta e das demais características que a matriz metodológica do projeto encontra as bases da teoria do processo estrutural. Em artigo publicado no Conjur, Ada Pellegrini Grinover, Paulo Henrique dos Santos Lucon e Kazuo Watanabe salientam que o projeto visa a limitar o subjetivismo judicial por meio da regulamentaçõ de instrumentos que estimulam o diálogo e a cooperaçõ inter-institucional³.

Destaca-se que na proposiçõ nas demandas desta natureza o julgador passaria a ter o dever de ampliar o contraditório, com a oitiva dos sujeitos envolvidos e demais representantes que fossem atingidos pela lide. Trata-se de uma obrigaçõ imposta ao juízo, que deixaria de ter amplo controle discricionário da demanda e passaria a ter o dever de ouvir e considerar as manifestações dos envolvidos.

Em outra frente, o Projeto de Lei aborda uma das principais celeumas existentes em litígios desta natureza. Qual seja, a relaçõ entre os provimentos judiciais e o Orçamento Público. A tese da “Reserva do Possível” e a ausência de recursos se afigura obstáculo argumentativo para a efetivaçõ das obrigações determinadas em juízo. No art. 6º do Projeto de Lei, a autoridade envolvida no ato terá o dever de apresentar cronograma e a disponibilidade financeira para a sua execuçõ. Ainda que pareça um ônus ao gestor, que terá a obrigaçõ de transparecer a situaçõ orçamentária da instituiçõ, tal previsõ consubstancia uma forma de proteçõ à Administraçõ Pública. Isto porque, a contrapartida lógica para tal obrigaçõ é o dever do Poder Judiciário de considerar a situaçõ exposta antes de determinar o cumprimento de uma ordem judicial. Trata-se, portanto, de limitaçõ recíproca da discricionariedade.

³ <https://www.conjur.com.br/2015-jan-13/pl-institui-processo-especial-contrôle-políticas-públicas>

Por outro lado, a crítica sobre a constitucionalidade do projeto encontra adeptos na academia jurídica. Em artigo publicado no portal Conjur, Lênio Streck e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima⁴ entendem que a criação do referido estatuto configura um golpe às competências constitucionais. Os autores compreendem que a principiologia adotada no projeto é desnecessária, posto que já está presente em outros textos legislativos. Ademais, entende-se que a transposição de aspectos orçamentários para o campo processual caracterizaria usurpação ao estatuto constitucional. Em síntese, os autores consideram o projeto uma institucionalização de práticas que conferem ao Poder Judiciário status hierárquico superior aos demais poderes constituídos.

Após um longo período de debates, o Projeto de Lei 8.058/2014 teve sua última ação legislativa em 2019. Decerto, o esfriamento do debate sobre a aprovação do projeto não reflete o número volume demandas que chegam ao Poder Judiciário sobre políticas públicas. Mais recentemente, a pandemia do Coronavírus reforçou a influência do componente judicial nas decisões tomadas pelo Poder Executivo. Em grande parte do país, o processo de abertura dos serviços após o período mais agudo da pandemia sofreu forte influência de decisões judiciais. Aqui, não se pretende abordar a viabilidade de trabalhar o processo estrutural durante o estado de emergência sanitária, dada a celeridade necessária para tutelar as questões que se impõem durante este tempo. No entanto, a pandemia reforça que a chamada intervenção judicial continua acontecendo, independentemente da criação de um regramento específico para tutelar a matéria.

Ainda que ausente uma previsão específica que regule a teoria do processo estrutural tem se consolidado em instrumentos já consolidados na prática processual. Cita-se, a título de exemplificação, a cláusula geral que permite negócios jurídicos processuais e os mecanismos de participação popular.

Em termos conceituais, a leitura introduzida pelo processo estrutural está em clara conformidade com o paradigma inserido pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que altera a Lei de Introdução de Diretrizes e Bases (MARÇAL, TOSTA, 2019). Considera-se que a alteração legislativa repercute a doutrina do Consequencialismo Jurídico, na linha dos pensamentos de Richard Posner e Neil MacCormick. Impõe-se ao operador do direito, no caso concreto, avaliar as consequências práticas da decisão, nas instâncias administrativa, judicial e

⁴ <https://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>

regulatória. A lei impõe, ainda, ônus ao controlador que passa a ter o dever de indicar condições proporcionais para a regularização da situação jurídica analisada:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos os processos estruturais os juízes decidem com a responsabilidade de prolatar provimentos que sejam exequíveis, e consideram as consequências dos provimentos.

Veja-se que a imposição de bases proporcionais na regularização da situação analisada converge com a noção de processo estrutural. Ainda que não haja uma disposição específica para a matéria, as bases legislativas existentes amparam a construção deste novo paradigma. No ponto, o objetivo do presente capítulo é identificar os pontos de partida da teoria, situar o estado da arte e expor os conceitos que nos permitem identificar, preliminarmente, as bases do processo estrutural.

3.1 Aspectos gerais para uma leitura estrutural

A noção de processo estrutural latente no Brasil é fruto da importação de conceitos provenientes da doutrina americana. Um dos principais expoentes desta categoria é o americano Owen Fiss. O pensador utilizou como objeto o caso *Brown vs Board of Education* para concluir que o provimento prolatado neste caso introduziu uma nova cultura decisória na jurisprudência americana. A atuação do juízo nesse caso buscou a reformulação de posturas institucionais históricas, com consequências sociais altamente relevantes:

O sistema de Ensino público foi o objeto do Caso Brown, mas com o tempo as reformas estruturais foram alargadas para incluir a polícia, prisões, manicômios, instituições para pessoas com deficiência mental, autoridades públicas de auxílio à moradia e agências de bem-estar social” (FISS., 2008.,p. 761)

Nada obstante, há que salientar que a importação do processo estrutural estadunidense para o direito brasileiro deve considerar a distinção entre as culturas jurídicas de ambos os países. Isto é, a reflexão de Owen Fiss pode servir como referencial para os estudos dos teóricos nacionais, no entanto, ante a peculiaridade do ordenamento e do tecido social brasileiro, é latente a construção de estruturas próprias.

Introduzir os aspectos gerais de uma teoria nacional do processo estrutural perpassa por entender as matrizes práticas dos seus conceitos. O estado atual da teoria nos permite concluir que o chamado processo estrutural é fruto de uma releitura do Processo Civil tradicional. Um

dos pontos fundamentais para compreendê-la é analisar a distinção entre os litígios convencionais e os chamados litígios estruturais. No entendimento de Edilson Vitorelli, entende-se por litígio estrutural (VITORELLI, 2020, p. 52): “Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo”

Com pequena distinção conceitual, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, na obra “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”, entendem o problema estrutural como uma situação de ilicitude permanente ou uma situação de desconformidade ainda que lícita. Para os autores a desconformidade em questão é caracterizada pelo rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, provocando uma desorganização estrutural.

Veja-se que não há um entendimento uníssono sobre o conceito. Nada obstante, os autores parecem convergir em compreender que tais litígios são dotados de maior complexidade, ao passo que lidam com situações reiteradas, que provocam desconformidades nas estruturas sociais. Nesses casos, há uma alteração no estado de coisas ideal previsto no ordenamento. Importante ressaltar que não é condição essencial para a caracterização do litígio que a desconformidade seja em uma estrutura pública. A prática de atos contínuos por uma instituição privada pode gerar um estado de coisa desconforme, a depender da amplitude dos seus efeitos. Não é a finalidade deste trabalho exaurir todos a semântica do chamado problema estrutural. Para o recorte escolhido para esse estudo, é suficiente o desenvolvimento por meio dos consensos acerca do objeto.

A discussão sobre o conceito de litígio estrutural é uma boa síntese para compreender o estado da arte da teoria do processo estrutural no Brasil. A solidez com que se aponta os erros da aplicação dos paradigmas tradicionais do Processo Civil aos litígios de natureza estrutural não guarda paralelo com a produção de consensos quanto aos seus institutos. Até o presente momento, o desenvolvimento da teoria é impulsionado por um movimento antitético, de caráter essencialmente crítico aos paradigmas tradicionais.

Nada obstante, há que salientar a existência de alguns consensos entre os principais autores que tratam acerca do processo estrutural. Na obra “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”, escrita conjuntamente por Fredie

Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, os autores listam como características essenciais do processo estrutural:

(i) o fato de nele se discutir um problema estrutural; (ii) o fato de ele buscar a implementação de um estado ideal de coisas, substituindo o estado de desconformidade que caracteriza o problema estrutural; (iii) o fato de ele precisar desenvolver-se num procedimento bifásico; (iv) a intrínseca flexibilidade do procedimento; e (v) a consensualidade, inclusive em relação à adaptação do processo. (DIDIER JR, OLIVEIRA e ZANETI JR., 2020)

Um dos pontos essenciais para a consolidação da teoria é o significativo número de produções bibliográficas que se utilizam de casos reais para construir reflexões acerca dos institutos. Na obra “O Processo Estrutural: Teoria e Prática”, Edilson Vitorelli constrói uma reflexão acerca do tema, tomando como objeto de comparação a aplicação do chamado “Processo Desestrutural”, no âmbito das políticas públicas de educação e saúde. O debate sobre as políticas citadas é de primeira importância não apenas pelo caráter fundamental dos direitos em questão, como também pelo número de ações que chegam ao Poder Judiciário acerca da matéria.

A percepção de que o estado de coisas atual é ineficaz é refletida no grande número de produções bibliográficas que abordam as judicializações da saúde e da educação. Por meio de demandas individuais, o Judiciário tem utilizado uma postura contingencial, a fim de solucionar problemas de abrangência estrutural. A consequência desse fenômeno é o acúmulo de demandas de natureza semelhante e a imposição de comandos desconexos por parte do juízo. Com o interesse de remodelar a estratégia de intervenção do Poder Judiciário, o processo estrutural propõe uma reformulação em conceitos consolidados na teoria do processo. Sérgio Arenhart, entende que a construção de um processo apto a solucionar políticas públicas suscita a alteração das noções de procedimento e de contraditório:

Um procedimento que se destine à discussão de políticas públicas exige, como é óbvio, amplitude muito maior do que a lógica bipolar dos processos comumente utilizados no Brasil. Exige a possibilidade de participação da sociedade, bem como a ampliação da latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com todo o problema, sob suas várias perspectivas. (ARENHART, 2016, p. 06):

Entende-se que a satisfação dos interesses em questão excede a mera oitava das partes que estão posicionadas no polo da ação judicial. Isto é, pela amplitude dos interesses envolvidos, o processo deve viabilizar a participação daqueles que serão afetados pela decisão. É nesse aspecto que são inseridas as noções de participação popular e consensualidade. A redefinição dos instrumentos do processo altera a noção de diálogo entre os sujeitos, de modo a modificar o caráter antagônico de uma relação processual. A abertura para a oitava de novos sujeitos, per si, multiplica as visões sobre o mesmo objeto. Ademais, por tratar de políticas

públicas e a efetivação de direitos, não necessariamente os interesses serão antagônicos (ARENHART, 2016).

Veja-se que a revisão dos paradigmas citados acima é fruto de um esforço de compreensão das peculiaridades que envolvem uma política pública. A abertura para a participação popular perpassa, sobretudo, pela noção de capacidade institucional. Compreender que o Poder Judiciário não está suficientemente apto a definir os rumos de uma política de governo ou alterar a postura de uma instituição estatal é essencial para remodelar a atuação do Poder Judiciário. A convocação de interessados, especialistas e de representantes de grupos da sociedade civil retira a discricionariedade absoluta do julgador, que passa a tomar a sua decisão de forma respaldada.

Ademais, a alteração no procedimento e nos provimentos judiciais é fruto da compreensão do processo de efetivação de uma política pública. Sérgio Arenhart denomina tal dinâmica diferida dos provimentos judiciais como “decisões em cascata” (2013, p. 400). O Judiciário passa a considerar que a modificação ou criação de uma política pública é um movimento gradual e de atos sucessivos, de modo a não ser suficiente a prolação de comandos que estipulam obrigações imediatas. Do mesmo modo, o estado de desconformidade estrutural provoca violações dinâmicas, que na maioria dos casos, se protraem no tempo. O provimento judicial deve compreender o estado dinâmico da questão, que será considerado em cada uma das decisões prolatadas pelo juízo.

No ponto, salta aos olhos o componente prospectivo dos provimentos. A redefinição da situação em desconformidade suscita um juízo de prospecção, voltado ao novo status quo que será consequência da decisão judicial. O exercício da jurisdição deve ter pleno comprometimento com o tempo futuro, eis que o principal objetivo da demanda é a dissolução do estado de desconformidade, e conseqüentemente, a construção de uma estrutura que corresponda às bases do ordenamento.

4 PARTICIPAÇÃO POPULAR E CONSENSUALIDADE NO PROCESSO ESTRUTURAL

A construção teórica sobre modelos que acentuam os aspectos dialógicos do processo judicial está longe de ser recente. No campo de Processo Cível, a legislação de 2015 explicita tal preocupação no destaque conferido aos métodos consensuais, em todas as etapas do processo. Contudo, no que tange aos processos coletivos, a legislação processual civil foi pouco incisiva na delimitação de mecanismos de incremento do fator dialético. No direito nacional o debate sobre as demandas coletivas ganha certa complexidade à medida que a atuação dos sujeitos no processo parte de uma escolha do legislador, e em alguma medida, do juiz do processo. Em um litígio de grande repercussão social é materialmente impossível a participação de todos os sujeitos interessados na demanda. Por outro lado, considerar a opinião do grupo afetado pela decisão é fator determinante na satisfação popular com o provimento atingido. Nesse sentido, para além do rol de legitimados previstos nos diplomas legais, a abertura para a participação de outros sujeitos é um tema de grande relevância para as demandas coletivas.

Com efeito, a atribuição do poder de pleitear em juízo o interesse de grupos sociais confere aos legitimados coletivos dever de gerir as vontades dos grupos interessados. Trata-se de aptidão para ouvir aqueles que serão atingidos pela demanda, e transportar para a esfera judicial os consensos produzidos nestes processos de escuta. Já existe na doutrina processual coletiva o debate sobre a adequação dos representantes coletivos. Ainda que a presente discussão tenha sido transportada do sistema de *common law*, alguns autores entendem que a representação coletiva deve ser interpretada de forma mais casuística pelo julgador. Isto é, ainda que os dispositivos que integram o microssistema⁵ de tutela coletiva fixem um rol de legitimados, existe na doutrina o debate a flexibilização destes regramentos, a fim de analisar a adequação dos legitimados no caso concreto. De acordo com Ada Pellegrini Grinover:

Todavia, problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma 'representatividade' idônea e adequada. E, mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo

⁵ “O microssistema da tutela coletiva é o conjunto formado pelas normas processuais, materiais e heterotópicas sobre o processo coletivo nas diversas normas jurídicas positivadas em nosso ordenamento. Estas normas jurídicas disseminadas formam um conjunto (ainda que de maneira informal, sem a sistematização em um único diploma legislativo) de regras jurídicas que regulamentam a tutela coletiva”. (BASTOS, Fabrício. Do Microssistema da Tutela Coletiva e a Sua Interação com o CPC/2015. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. vol. nº 68, 2018.

parquet não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo (GRINOVER, 2002, p. 05)

Veja-se que ao citar o Ministério Público a autora alerta para a necessidade do órgão ministerial atuar de forma condizente com o interesse dos grupos atingidos. Isto é, a atuação do legitimado não deve estar pautada apenas no livre convencimento do membro da instituição. Em outra frente, ainda que nesses casos os grupos atingidos não constituam formalmente o polo ativo da demanda, é positivo para a satisfação social a utilização de mecanismos que possibilitam a participação popular na demanda.

Por conseguinte, a etapa pré-processual passa a ter enorme importância, eis que o direcionamento da demanda depende da oitiva dos grupos interessados. Nada obstante, o dever de ouvir persiste após o ajuizamento da demanda. No âmbito do processo estrutural, o sistema de decisões em cascata permite que os sujeitos processuais acompanhem o processo de transformação ao status quo ideal. Em um modelo dialógico a oitiva da sociedade civil será parte integrante do mecanismo de avaliação dos provimentos jurisdicionais.

Ademais, a definição de pedidos genéricos confere ao demandado o poder de influenciar na construção dos objetivos específicos que serão alcançados durante a reconstrução da estrutura analisada. A sucessão de provimentos permite que os agentes estejam em constante deliberação para encontrar as soluções para as questões que surgem durante o processo.

No presente capítulo, pretende-se abordar a relação entre os sujeitos processuais, as partes interessadas na demanda e a satisfação com a decisão no processo estrutural, sob os paradigmas da participação e da consensualidade.

4.1 Legitimidade e Representação no âmbito do Judiciário

A definição legal do rol de legitimados a figurar no polo ativo de uma ação coletiva provoca uma clara personalização dos sujeitos (ARENHART, 2019). Nada obstante tratarem de interesses de repercussão coletiva, os sujeitos legitimados passam a ser considerados, na maioria dos casos, os provedores absolutos da demanda. Além da problemática no ponto de vista democrático, com a centralização das escolhas nas mãos de um(ns) sujeito(s), tal forma de atuação presume que o legitimado tem plena capacidade técnica para lidar com questões que normalmente excedem o debate jurídico.

Veja-se, ainda, que a personalização do processo tem como consequência o afastamento do grupo interessado da demanda. Neste sentido, ao personalizar o debate em uma instituição, é normal que os interessados se afastem dos debates que giram em torno da demanda, e

consequentemente, deixem de estar atentos aos rumos do processo. O risco desse distanciamento é a insatisfação com a solução encontrada para a demanda, dada a falta de percepção das dificuldades encontradas no curso do processo e a ausência de influência no resultado alcançado.

Tal problemática tem impulsionado debates no âmbito do processo coletivo. A posição que sustenta a insuficiência deste modelo para tutelar questões tem ganhado adeptos, fundamentalmente entre aqueles que pactuam com a ideia do processo estrutural. No entanto, encontrar critérios para delimitar, ainda que de forma preliminar, os sujeitos que devem ser convocados ao processo está longe de ser uma tarefa simples. Marcella Ferraro traduz em quatro grupos de participação necessária para conferir legitimidade ao processo que tutela questões estruturais:

Aqueles indivíduos, grupos ou organizações (i) afetadas, (ii) responsáveis pela adoção de medidas para realizar a mudança necessária, (iii) possuidores de conhecimento relevante ou (iv) em uma posição que lhes permite bloquear a realização do remédio, sendo que esses participantes no mínimo poderiam apresentar fatos, falar sobre fatos apresentados e propor soluções ou manifestar-se sobre as propostas (FERRARO, 2015, p 158)

Veja-se que este modelo, como qualquer modelo teórico, não pode ser visto de forma fechada, especificamente pela dificuldade de impor critérios objetivos para definir os conceitos abordados. A título de exemplificação, a identificação do terceiro elemento - possuidores de conhecimento relevante - dificilmente fugirá da percepção individual do julgador no caso concreto

Ainda assim, a construção de um rol mais amplo de agentes encontra uma clara tendência de atipicidade da participação nos litígios coletivos (FERRARO, 2015). Neste particular, parece haver uma tentativa dos estudiosos do processo estrutural de remodelar o microsistema de demandas coletivas nacional, através da abertura do rol de legitimados. O modelo brasileiro, tradicionalmente caracterizado pela definição legal dos sujeitos legitimados, retira do julgador a prerrogativa de influenciar na escolha dos sujeitos que irão participar da demanda. Contudo, a forma de participação preconizada por um modelo estrutural de processo tende a flexibilizar esse rol legal. Ainda assim, vislumbrar a implementação de um modelo similar ao norteamericano dependeria de uma alteração legislativa, sob o risco de subverter a lógica da divisão de poderes.

No entanto, coexistem outros meios de participação no processo, como é o caso do *amicus curiae* e a convocação para a realização de audiências públicas. De certo modo, tais mecanismos funcionam como alternativas que permitem às partes e ao julgador introduzirem outros sujeitos que podem colaborar para a resolução do litígio.

4.1.1 Transposição de barreiras: O debate sobre representação na esfera judicial

A leitura estrutural presume uma análise dos sujeitos do processo, que transcende a tradicional relação entre os sujeitos legitimados. Na verdade, a repercussão geral dos processos exige uma nova leitura do conceito de participação na demanda. Neste particular, adentra à matéria processual uma matriz conceitual habitualmente ligada às demais ciências sociais, eis que a capilaridade e social dos litígios exigem do processo um maior comprometimento com os arranjos constituídos.

A instância judicial passa a ser mais uma instância de deliberação social, caracterizada pelo debate entre opiniões e perspectivas, visando o interesse público. Ocorre, porém, que a instância processual conta com limitações valorativas e dimensionais que exigem que a participação dos grupos atingidos seja feita de forma célere e coesa. Decorre desta conclusão o debate sobre participação e representação na instância judicial.

Tem-se como pressuposto básico que um modelo de processo que se comprometa a ser legítimo deve ter nos polos da demanda agentes comprometidos com o interesse do grupo interessado. Ainda que tal conclusão aparente alguma simplicidade, a realidade dos litígios coletivos no país explicita a frequência em que instituições constroem a solução sem a oitiva dos interessados na demanda. Cita-se, a título de exemplificação, o acordo firmado entre a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais e a empresa Vale, visando a reparação dos danos causados no desastre de Brumadinho, no qual não houve a utilização de qualquer mecanismo de participação popular para referendar o acordo (VITORELLI, 2020).

A identificação dos interesses representados é uma das grandes dificuldades para a construção do processo estrutural. Como já salientado, transfere-se à instância judicial um problema já debatido, no ambiente das ciências sociais. Qual seja, a adequação democrática da representação dos interesses. A existência de alegado déficit nos poderes eleitos é tema de grande repercussão no âmbito das ciências sociais, e ainda que tenha outros contornos quando inserido na problemática judicial, suscita igualmente a construção de soluções.

A relação entre a postura apresentada pelo representante e a vontade dos representados pode ser lida por diversas referências teóricas. Na esfera jurídica, com algumas distinções conceituais, o conceito de Representação Adequada⁶ parece ser o mais eficiente em pontuar a correspondência entre o grupo e o legitimado.

⁶ O requisito da representatividade adequada tem origem no sistema da common law, apresentando-se como uma decorrência natural da proteção do due process. Os países do common law exigem que o autor coletivo

No âmbito da ciência política Iris Marion Young considera a existência de três modos pelos quais uma pessoa pode ser representada. Quais sejam, interesses, opiniões e perspectivas. Trata-se interesse como aquilo que um agente individual ou coletivo considera desejável para que sejam alcançados determinados fins. Isto é, os meios para alcançar os fins pretendidos. No âmbito das opiniões, a filósofa determina a presença de valores subjetivos que condicionam o juízo de um indivíduo na busca de seus objetivos na sociedade. De forma sucinta, as opiniões afiguram o primeiro referencial para a construção de objetivos políticos. Por fim, a perspectiva social comporta o ponto de vista pelo qual uma pessoa observa as questões sociais. Considera-se que a posição social do indivíduo influencia na sua análise sobre determinado processo social, de modo que as experiências vividas colaboram para o entendimento da questão social posta (YOUNG, 2006).

No âmbito de uma demanda coletiva a variação entre os conceitos supramencionados ocorre conforme o objeto a ser trabalhado e o grupo interessado. De certo modo, a esfera da perspectiva social é a mais sobressalente no âmbito das demandas que tratam de interesses de classe. Quando incidem interesses classistas (por exemplo, uma associação de pescadores de determinada região) há um certo equilíbrio na perspectiva social dos membros envolvidos, eis que a experiência posta em juízo é compartilhada por todos os membros do grupo social.

No entanto, interesses e opiniões costumam provocar divergências maiores entre os sujeitos envolvidos na questão. Os interesses díspares em uma demanda judicial provocam ao representante uma grande dificuldade em conciliar o desejo dos representados.

Com base na classificação estruturada por Young, os interesses espelham a variação de estratégias que podem ser adotadas pelo representado durante um processo. Em um ambiente dialógico, é normal que as esferas de debate entre representado e representante recebam ideias distintas sobre a postura a ser adotada, visando a resolução da demanda. Neste sentido, é tarefa do representante ouvir os interesses postos e conduzir o processo visando o melhor interesse do grupo. Não existem meios aptos que permitam que todos os envolvidos tenham influência direta no processo, de modo que a complementação da estrutura dialética ocorre com a transparência da tomada de decisões no processo:

O terceiro postulado para orientar o comportamento de um representante no processo coletivo estrutural demanda a percepção de que o processo precisa contemplar momentos participativos, anteriores, simultâneos ou posteriores à atuação do representante, nos quais os representados tenham efetiva oportunidade de questionar a atuação do representante, ouvir

represente adequadamente os interesses do grupo, diante da ausência dos interessados não identificados e que sequer serão ouvidos em juízo. Por este motivo é que os tribunais redobram a atenção no momento de verificarem a capacidade do autor coletivo.” FERRARSI, Eurico. Ação Popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo, 2009, p 112.

suas explicações e, em situações extremas, demandar sua substituição ou a divisão do grupo, pluralizando a representação. (VITORELLI, 2020, p 283)

Do ponto de vista da legitimidade, a estrutura opera com a intenção de minimizar o déficit representativo entre a atuação e o interesse do representado. A valoração do componente democrático pelo Poder Judiciário implica na retirada do caráter impositivo das decisões judiciais, e conseqüentemente na redução do ônus de legitimidade judicial.

4.2 Consensualidade e Capacidade Institucional

Com o devido cuidado na transposição do conceito para a tradição constitucional nacional, o debate sobre capacidades institucionais é caminho necessário para tratar da relação entre o direito e as políticas públicas. Os expoentes norte-americanos Cass Sustein e Adrian Vermeule são precursores de uma teoria que se popularizou no debate acadêmico e na prática forense nacional, dada a sua viabilidade como barreira retórica. Diego Werneck e Fernando Leal estruturam tais dificuldades de aplicação em três problemas metodológicos. Quais sejam, o déficit de informação quando o conceito é utilizado sem projeções empíricas e as exigências institucionais comparativas direcionadas aos intérpretes (LEAL e ARGUELHES, 2016.).

No presente capítulo parte-se do pressuposto que o objeto analisado não suscita uma análise excessivamente detida do conceito. Na verdade, o que se pretende é sopesar a atuação do Poder Judiciário no processo estrutural sob o viés das capacidades institucionais. Não é a intenção deste estudo realizar um exame das instituições envolvidas no processo, a fim de construir uma que hierarquiza os agentes institucionais. Nada obstante a sua utilização como postulado retórico, a reflexão sobre as capacidades institucionais insere importante reflexão sobre os agentes envolvidos nas questões sociais e a tomada de decisões na esfera pública:

Veja-se que o conceito de capacidade institucional, quando visto sob uma perspectiva analítica, quebra postulados que impedem uma reflexão mais complexa sobre a atuação dos agentes institucionais:

Há méritos importantes na incorporação dessa ideia nos debates sobre i) a definição de posturas institucionais em cenários de possíveis sobreposições de competências, (ii) o limite e as formas de controle da discricionariedade judicial e (iii) a adequação real do emprego de certos métodos e teorias decisórias que devem ser manipuladas por tomadores de decisão de carne e osso. (ARGUELHES e LEAL, 2016 p 197)

Veja-se que nesse raciocínio a definição da atuação dos agentes institucionais foge da segmentação engessada entre atuar e não atuar e encontra a distinção de grau de atuação. Isto é, dispensa-se a metodologia que considera o espectro rígido de atuação de um poder em detrimento de outro e passa-se a construir estruturas que valorizam a atuação cooperativa entre os sujeitos:

As questões policêntricas em si já representam um desafio epistêmico. São situações em que, mais do que a escolha daquele que tem mais “conhecimento técnico”, impõe-se uma atuação conjunta – e, em algumas ocasiões, a atuação objetiva afastar potenciais aspectos problemáticos dos “órgãos técnicos”, como os mencionados acima em relação às agências reguladoras. (Ferraro, 2015, p 75)

Nesta medida, a valorização do componente dialógico materializa a interseção entre o Poder Judiciário e os demais poderes. Conforme salientado no trecho supratranscrito, a capacidade institucional insere elementos importantes no debate sobre posturas institucionais em casos de sobreposição de competências.

No ponto, a tutela de direitos fundamentais está localizada na zona cinzenta de atuação dos poderes constituídos. Ainda que o Poder Judiciário não tenha a função precípua de elaborar e implementar políticas públicas, a estrutura constitucional não permite que o componente judicial seja apenas deferente a situações de violação reiterada de direitos. Por outro lado, fixar, em abstrato, a competência do Poder Judiciário para atuar como agente principal em políticas públicas não encontra respaldo técnico e legal. Em regra, a tomada de decisões na esfera pública exige do administrador respaldo científico que excede o conhecimento jurídico. A persecução dos objetivos fixados na constituição exige conhecimento metajurídico para embasar os rumos da administração.

Neste sentido, um caminho possível é a construção de decisões que seguem o modelo dialógico. Evita-se o enfrentamento ao argumento raso das capacidades institucionais, eis que não há a imposição de provimentos pelo Poder Judiciário. Nesta atuação, a proatividade do componente judicial está voltada para impulsionar as agências governamentais.

4.2.1 Argumentos para um modelo dialógico de processo

Nos capítulos anteriores restou sedimentada a ideia que os processos que envolvem políticas públicas exigem mentalidade diversa do Poder Judiciário, em comparação com os litígios individuais. Destaca-se que naquelas demandas a relação entre as partes processuais naturalmente adentra na seara da Teoria Institucional e da separação de poderes. Por conseguinte, nestes casos, introduzir o paradigma consensual tem como matriz ideológica o incentivo ao diálogo institucional.

A relação entre as instituições dentro de uma democracia é um dos principais pontos de tensão, dada a dificuldade de fixar qualitativamente o ponto ideal de interação entre os poderes. Transportando para o objeto da presente tese, aqui a já complexa relação entre os poderes é analisada sob o parâmetro do procedimento judicial e suas limitações práticas.

A dimensão comunicativa encontra respaldo nos ensinamentos de Jurgen Habermas, que entende tal racionalidade como instância de orientação onde os participantes compartilham intersubjetivamente seus pontos de vista para alcançarem um consenso sem coações. Decorre desta dimensão a elaboração das teorias do diálogo institucional.

Neste particular, Conrado Hubner Mendes apresenta uma leitura sobre as instâncias deliberativas e o diálogo institucional por meio da ideia de “última palavra”. Entende-se que em um ambiente ideal de deliberação inter-institucional a disputa pela última palavra é algo de menor importância, eis que a tomada de decisões ocorre de forma contínua entre os agentes (HUBNER MENDES, 2008).

A tese elaborada pelo autor visa a responder uma outra dicotomia institucional. Qual seja, a relação entre os juízes e as cortes constitucionais, em contraposição ao parlamento. Para o autor, o Poder Executivo não integra a presente discussão à medida que em um ambiente democrático a última palavra nunca será deste poder. No entanto, no presente trabalho monográfico, por ter como objeto o campo das políticas públicas, expande-se a controvérsia para o Poder Executivo, dada a sua influência na elaboração e na execução. Em abstrato, entende-se que este poder, por excelência, é o grande provedor das políticas de estado, posto que define planos e estratégias governamentais (BUCCI, 2017).

A diminuição da importância da última palavra perpassa, a princípio, pela releitura da interação entre os poderes. Ressalta-se que uma das barreiras a serem superadas é a ideia de controle judicial, que geralmente é utilizado nas intervenções do Poder Judiciário nos demais poderes. Em instância inicial, entender a relação pelo viés do controle dificulta a compreensão do paradigma dialógico. Isto porque, de acordo com a leitura tradicional da separação de poderes, o aspecto limitador na relação entre as instituições é algo natural. Em contrapartida, o diálogo inter-institucional e o ambiente deliberativo seriam contra-intuitivos, sendo compreendidos como esforços antinaturais (HUBNER, MENDES, 2008).

No âmbito das chamadas “teorias do diálogo” a relação de limitação e controle dão lugar a interações comunicativas. Em uma escala lógica, tais teorias se apresentam como meio-termo entre as posturas que defendem a atuação ilimitada de qualquer um dos poderes:

A revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações. Não serve somente para (tentar) nos proteger da política quando esta sucumbe ao pânico ou irracionalidade, mas para desafiá-la a superar-se em qualidade. (HUBNER MENDES, 2008, p 219)

O rompimento teórico com as chamadas “teorias da última palavra” ocorre a partir da compreensão que o diálogo é um produto direto da relação dos poderes. Não se trata, portanto,

de uma postura institucional específica, mas de uma consequência lógica da própria tripartição de poderes.

A construção de espaços deliberativos é a liberação de uma demanda reprimida que decorre do mosaico institucional elaborado pelo constituinte. Nada obstante, ao redimensionar a última palavra as teorias do diálogo não pretendem extingui-la da relação inter-institucional. A conciliação entre o modelo dialógico e a ideia de última palavra parte do conceito de rodadas procedimentais.

Nas chamadas rodadas procedimentais os agentes institucionais revezam o poder decisório, conforme as necessidades do caso concreto. Decerto, a variedade de conjunturas impossibilita a delimitação de uma instituição fixa para assumir a função de detentor da última palavra. Neste sentido, pela noção de rodada procedimental cada agente teria a oportunidade de ter em suas mãos o poder decisório. Na verdade, fomenta-se a noção, aparentemente contraditória, de última palavra provisória (HUBNER MENDES, 2008).

Construindo um paralelo com a temática do processo estrutural a noção de rodadas procedimentais guarda relação conceitual com a noção de “provimentos em cascata”. Explico: Como já salientado em capítulos anteriores, a superação de demandas estruturais se prolonga no tempo, de modo que o processo decisório é caracterizado pela continuidade. A atuação do juízo e das partes processuais é constante, até atingir a pretensa reestruturação. Com a racionalidade dialógica tais ambientes decisórios teriam aspecto cooperativo entre os agentes. Isto é, considera-se natural a alternância na prevalência do interesse de uma das partes durante alguma das decisões do processo. Decerto, sempre haverá a possibilidade da formação de um consenso prévio, em que todos os sujeitos envolvidos se inclinam previamente para uma solução. No entanto, trabalha-se aqui com hipóteses de divergências iniciais.

A transposição da noção de rodadas procedimentais para os provimentos do processo estrutural possibilita uma naturalização do ambiente dialógico no âmbito processual. No entanto, desconsiderar totalmente o caráter adversarial das demandas judiciais não parece um caminho afeito à realidade. Por mais que os agentes estejam predispostos a alcançar soluções consensuais, os sujeitos processuais representam interesses de grupos ou instituições. Neste sentido, é natural que tais ambientes de deliberação sejam espaços de ideias conflitantes. No âmbito das teorias do diálogo as tensões encontradas nos espaços de deliberação podem ser catalisadoras de criatividade para a solução da questão enfrentada.

A contraposição entre ideias conflitantes pode ser um importante combustível para a concretização do interesse público. Para tanto, o debate deve ser orientado pelo respeito mútuo entre as instituições e pelo procedimento legal.

A interação entre instituições que buscam maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos é o que de melhor podemos esperar de uma democracia organizada sob o princípio da separação de poderes. Estimula uma competição pelo melhor argumento e traz vibrações ao regime. Implanta uma pressão por consistência. Fundamentalmente, insere a tensão entre forma e substância no centro desse arranjo. (HUBNER MENDES, 2008, p 204)

Isto é, a natureza competitiva das deliberações exige das instituições maior refino na produção de soluções. A introdução desta mentalidade na esfera processual passa por uma modificação da mentalidade dos agentes processuais. A simples criação de espaços de deliberação em âmbito processual não é suficiente para que seja caracterizado um ambiente dialógico. Para que isso aconteça, os sujeitos do processo devem atuar nos espaços deliberativos com a intenção de construir soluções que melhor atendam ao interesse público.

Com o raciocínio das rodadas procedimentais, a variedade de situações enfrentadas durante um processo de reestruturação encontra respaldo na alternância de agentes tomadores de decisão. Por mais que no âmbito processual caiba ao juiz ratificar o posicionamento das partes, em casos complexos a decisão do juízo pode depender de análises que fogem do campo do direito. Em tais casos a tomada de decisão deverá ser apoiada pela atuação de agentes que possuem o conhecimento necessário para a situação analisada. Cita-se, a título de exemplificação, um litígio estrutural sobre questões ambientais. Naturalmente, o domínio do Direito Ambiental não seria suficiente para definir os parâmetros da reestruturação. Por conseguinte, a definição das etapas e da postura a ser adotada passará, principalmente, pela atuação dos sujeitos detentores daquela capacidade técnica específica. Em demandas que tutelam políticas ambientais, a participação ativa da Secretaria de Meio Ambiente e do seu corpo técnico é fator que qualifica as deliberações e viabiliza a fixação de decisões que buscam a reestruturação.

Veja-se que a importância da fixação de provimentos em cascata é fator determinante na acentuação do caráter dialógico no processo estrutural. Decorre deste aspecto a possibilidade de conduzir vários momentos de deliberação durante um processo. A multiplicidade de momentos decisórios possibilita a alternância de atitudes ativas dos agentes do processo. A separação do processo em momentos de reestruturação passa, sobretudo, por entender que em cada um dos recortes processuais será necessário fixar um direcionamento diferente. No ponto, o diálogo é fator fundamental para que tais provimentos para que tais provimentos sejam condizentes com a realidade da situação.

Por mais que um provimento inicial determine metas a serem perseguidas em cada uma das fases do procedimento, a situação fática encontrada após um determinado momento processual poderá ser bem diferente daquilo que se desenhava inicialmente. Neste sentido, estabelecer espaços de diálogo é importante para que a avaliação da situação e a fixação das etapas posteriores estejam em conformidade com a realidade.

4.2.2 A postura das partes e do juízo

Os tópicos anteriores abordaram a relação entre os sujeitos de forma abstrata, com o olhar voltado para os pressupostos teóricos que fundamentam suas atuações. Deste tópico em diante a tese direciona o foco para a aplicabilidade dos instrumentos citados nos capítulos anteriores. Como salientado nos tópicos anteriores, a construção das bases do processo estrutural parte, inicialmente, de uma aproximação metodológica entre processo e políticas públicas. Além disso, tratou-se da integração de institutos que fomentam a legitimidade e o diálogo como pilares de uma teoria processual apta para tratar de litígios sobre políticas públicas.

Refletir sobre a aplicabilidade dos instrumentos citados demanda um esforço de análise do caso concreto e dos diplomas legais existentes. Isto porque, até então, a tese trabalhava com modelos ideais, desconsiderando os obstáculos práticos de um processo que se propõe a ser mais aberto ao diálogo e à participação. No entanto, para pensar a atuação dos agentes no contexto brasileiro é necessário refletir sobre as dificuldades impostas pelo próprio ordenamento.

No capítulo 3, ao abordar o estado da arte, foi citado que o diploma processual não impõe ao magistrado a obrigação de conduzir o processo de forma dialógica. Sob o paradigma atual, a condução do processo por um viés estrutural parte da percepção da compreensão das partes e do magistrado. O REsp 1854842/CE, da relatoria da Ministra Nancy Andriahi, é um perfeito exemplo da discricionariedade da utilização do padrão estrutural. Nas instâncias ordinárias a jurisdição abstraiu a natureza estrutural do litígio e conduziu o processo nos moldes de um processo tradicional. Já no Superior Tribunal de Justiça, a ministra relatora não apenas identificou a natureza estrutural da demanda como citou as medidas a serem adotadas pelo juízo de primeira instância na condução do processo.

Veja-se, portanto, que inexistindo um diploma legal que determine a condução do processo nessas bases, pertence aos agentes processuais o protagonismo na adoção das medidas de caráter estrutural. Por uma leitura restritiva do princípio da iniciativa das partes e do princípio

da adstrição, a escolha pela adoção do modelo estrutural pertence ao autor da ação, que deverá introduzir na petição inicial rol de pedidos que estejam em conformidade com tal modelo.

A dificuldade para integrar um pedido estrutural na tipologia processual atual exige dos doutrinadores do processo estrutural um grau maior de criatividade na propositura da ação. A leitura conjunta dos artigos 322 e 324 do Código de Processo Civil determina que o pedido deve ser certo e determinado. No entanto, em um litígio estrutural há grande dificuldade em estabelecer exatamente o que se pretende ser alcançado. Para Edilson Vitorelli, as características do direito material objeto da lide devem orientar as exigências de determinação do pedido. Não é apropriado exigir que o autor aplique exatidão na inicial se a situação fática não permite que isso seja feito. A opção comumente encontrada pelos autores do processo estrutural é requerer a elaboração de um plano de reestruturação institucional. Veja-se que o próprio plano a ser elaborado não tem a capacidade de estipular bases exatas da reestruturação, dada a modificação constante do cenário fático.

A definição do planejamento como uma das fases do processo vai de encontro ao movimento de aproximação entre o direito e as políticas públicas. Entre todas as variáveis do ciclo de políticas públicas há consenso quanto à existência de um momento de construção da agenda e posterior que precede a formulação da política. Em suma, a fase que precede a implementação tem como objetivo organizar a execução daquilo que se entende como ideal para a situação enfrentada.

A discussão sobre o planejamento como elemento essencial na gestão pública é tradicional e encontra respaldo em textos de autores nacionais e internacionais. O jurista italiano Massimo Severo Giannini destaca que a Administração Pública se desenvolve por meio de planos (GIANININ, 1991). Em conformidade com este posicionamento, Maria Paula Dallari Bucci entende que ainda que políticas e planos não sejam sinônimos, aquele é a máxima expressão deste (BUCCI, 1997). Celso Furtado ao abordar a sua experiência como gestor público destaca o planejamento como técnica social, que acentuou a racionalidade das decisões em complexos processos sociais (FURTADO, 1983).

Destaca-se, ainda, que a elaboração de planos confere à formação de políticas públicas caráter procedimental. Isto porque, a fixação de vetores permite, em sentido micro, a definição de um regramento a ser adotado pelas instituições:

A escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do poder público, que levarão a certos resultados. A formulação da política consistiria, portanto, num procedimento, e poder-se-ia conceituar, genericamente, os programas de ação do governo como atos complexos. O incremento das atividades concernentes à elaboração das políticas e à sua execução insere-se num movimento de “procedimentalização das

relações entre os poderes públicos”, a que se refere, mais uma vez, Massimo Giannini.³² Esse fenômeno de procedimentalização, no qual sobressai o poder de iniciativa do governo – e que diz respeito aos meios, ao pessoal, às informações, aos métodos e ao processo de formação e implementação das políticas –, é o ângulo sob o qual se justifica e se faz necessário o estudo das políticas públicas dentro do direito administrativo. (BUCCI, 1997, p 96)

Nota-se que a procedimentalização das políticas públicas facilita o trato destas questões pelo Poder Judiciário, que naturalmente está ambientado com o trato de questões procedimentais. Decerto, a reflexão sobre o papel do planejamento pertence ao ramo das políticas públicas, e a inserção deste aspecto nos processos judiciais afigura importante movimento para alcançar a aproximação metodológica entre os ramos. Como já salientado nos capítulos iniciais, a utilização da racionalidade jurídica tradicional nos litígios que tratam sobre políticas públicas produz decisões judiciais que desconsideram a complexidade da demanda. No ponto, o requerimento de plano de reestruturação na petição inicial reflete, simultaneamente, a dificuldade de fixar com exatidão o pedido e o processo de formação de uma política pública.

Desse modo, a melhor técnica para a elaboração do pedido parece ser o requerimento de elaboração, implementação e fiscalização de um plano que proporcione a mudança que o autor considera necessária, a partir do que for demonstrado na inicial. O pedido de uma inicial estrutural não precisa definir exatamente o que precisa ser feito. O que precisa ser especificado é o resultado geral que se pretende produzir, metas temporárias para a sua obtenção e atribuição de responsabilidades financeiras e executivas, sobre as providências para tanto necessárias. (VITORELLI, 2020,p 241)

A presente solução assevera o caráter prospectivo da demanda. A finalidade principal do processo é reconduzir a estrutura para o status quo considerado ideal. Ademais, a progressividade do processo decisório não permite que na petição inicial estejam definidos todos os parâmetros a serem perseguidos.

Além da possibilidade de inserir na petição inicial um pedido estrutural, cabe ao autor realizar esforço de investigação social para identificar o grupo afetado pelo litígio. A complexidade das demandas estruturais exige do legitimado maior diligência na identificação da parcela da sociedade atingida pela questão. Em alguns casos, o caráter difuso da questão impede que seja feito o recorte de um grupo social específico. Recentemente, o Poder Judiciário foi instado a decidir sobre a revogação de normas ambientais pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente, referentes a áreas de restinga e manguezais. Neste caso, seria impossível determinar quais sujeitos são afetados pela decisão do conselho, posto que o bem jurídico tutelado repercute em toda a sociedade.

Após a identificação do grupo atingido (quando possível) cabe ao legitimado organizar mecanismos para ouvi-lo. Nota-se que nas hipóteses de litígios sobre direitos difusos há a necessidade de identificar os grupos sociais que podem ser ouvidos. A integração da sociedade civil na demanda é determinante para o resultado da demanda. No entanto, nestes casos a oitiva

das partes deve ser precedida pela identificação dos grupos capazes de influenciar positivamente na demanda. No exemplo citado no parágrafo anterior, a oitiva de grupos ligados à temática ambiental se afigura como uma alternativa, ante o conhecimento sobre a matéria abordada. Outra possibilidade é convocar grupos que sejam diretamente atingidos pela medida adotada, como é o caso de associações de pescadores.

A escolha dos mecanismos de consulta passa sobretudo pelo sujeito legitimado. No caso de associações, o senso de grupo confere ao coletivo maior facilidade na condução de processos de consultas. Em geral, há uma rotina deliberativa previamente constituída, o que facilita a oitiva dos indivíduos interessados. No caso das instituições de estado, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, a formalização desses mecanismos varia conforme o regramento interno de cada órgão. O Ministério Público do Estado de São Paulo possui programa chamado "Escutas Sociais" que consiste na identificação de demandas sociais por meio da oitiva da sociedade em locais públicos⁷:

Os Membros do Ministério Público de São Paulo têm denominado de escuta social o ato de ouvir a sociedade de forma organizada e estruturada, em local público previamente definido, porém sem as formalidades normativas da audiência pública e sem a específica finalidade de produção de prova em investigação levada no âmbito de inquérito civil. Fazem-na, pois, com o propósito primordial de identificar as demandas sociais, isto é, de melhor esmiuçar as demandas relativas a políticas públicas que já vislumbra de modo ainda pouco depurado, no cotidiano de sua Promotoria de Justiça.

Em outra frente, o sistema de consulta prévia das populações indígenas e das comunidades tradicionais ilustra uma hipótese de participação ativa do grupo envolvido na delimitação dos contornos da demanda. De acordo com os artigos 6º e 7º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, será assegurado o direito de consulta nas ações estatais que tiverem por objeto os povos em questão. Com base neste regramento, diversos povos indígenas consolidaram protocolos para a realização das referidas consultas. Veja-se que neste caso a iniciativa para procedimentalizar o sistema parte do próprio grupo social, o que demonstra senso de grupo e notável auto-organização. Em consulta ao portal do Ministério Público Federal é possível encontrar ao menos quinze protocolos de consulta de etnias distintas. Nestes documentos os grupos étnicos formalizam roteiros de consulta que especificam, entre outras informações, as instâncias decisórias intra e extra grupo, o local para a realização das reuniões e quais subgrupos devem ser consultados. Destaca-se que as disposições do protocolo variam conforme o grupo étnico, de modo que não existe um modelo de protocolo universal. A

⁷ Roteiro disponível em

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/Roteiro%20Aud%20Pública%20e%20escuta%20social.pdf

título de exemplificação, o Protocolo de Consulta Prévia do Povo Krenak fixa local e horário preferencial para a realização dos encontros⁸:

As reuniões devem sempre ser realizadas no interior da Terra Indígena, em local definido pelas nossas lideranças. Devem ser evitadas reuniões na época da chuva e no mês de abril, quando estamos envolvidos com festas internas e outros eventos ligados ao Dia do Índio. As reuniões, de preferência, não devem durar mais de um dia, pois se tornam cansativas e as pessoas deixam de participar. O melhor período para reunir todos os Krenak é na parte da tarde, após as 15 horas.

Em síntese, tais regulamentos demandam do órgão legitimado posição de deferência e respeito aos costumes do grupo. A existência de um protocolo prévio organizado pelo grupo atingido obedece ao princípio da autodeterminação dos povos e retira do legitimado a responsabilidade de encontrar maneiras de ouvir a comunidade atingida pelo litígio.

Outra leitura possível para os litígios estruturais parte da flexibilização dos princípios da inércia da jurisdição e da adstrição. Entende-se que o ânimo inicial para estabelecer o caráter estrutural do litígio pode partir do juiz do processo. Isto é, ainda que o autor não tenha apresentado na inicial um pedido nos moldes do processo estrutural, o juízo, caso identifique os pressupostos da teoria, poderá introduzir tal metodologia no processo. Este foi o caso do já citado REsp 1854842/CE. Na ocasião, a iniciativa partiu da Ministra Relatora Nancy Andrichi, que entendeu que estavam presentes os pressupostos de um litígio estrutural e determinou que o juízo da primeira instância aplicasse a metodologia correspondente. A decisão é paradigmática por fixar a postura a ser adotada na condução do processo. Trata-se da transposição dos conceitos discutidos na academia jurídica para a prática forense.

Em comparação com a codificação anterior, o Código de Processo Civil de 2015 acentuou o caráter cooperativo dos litígios judiciais⁹. No âmbito do processo estrutural, a academia tem buscado estabelecer alguns instrumentos que consubstanciam uma condução estrutural do processo. Destaca-se que a inexistência de diploma legal que estabeleça um procedimento para os litígios estruturais dificulta a padronização dos instrumentos que caracterizam uma leitura estrutural do processo. Para fins analíticos, utilizar-se-á a leitura dos professores Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, apresentada no artigo "Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro". No texto, os autores tratam da flexibilização do procedimento como característica essencial do processo estrutural, que deve estar presente i) na atenuação das regras da congruência objetiva externa e da estabilização objetiva da demanda; na abertura do processo

⁸ Disponível em https://rca.org.br/wp-content/uploads/2016/07/2017-Protocolo-Consulta-KRENAK_.pdf

⁹ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

à participação de terceiros, na atipicidade dos meios probatórios, na atipicidade das medidas executivas e na atipicidade da cooperação judiciária (DIDIER JR.; OLIVEIRA; ZANETI JR, 2020). No ponto, a escolha por tal procedimento passa principalmente pela decisão do magistrado, que utilizará tais instrumentos conforme a sua conveniência.

Por outro lado, a cláusula geral de negociação processual, prevista no artigo 190 do Código de Processo Civil, confere às partes algum poder na condução do processo. Autores como Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi (2017, p. 151) entendem os negócio jurídico processual como instrumento que prestigia a consensualidade e o princípio democrático, de modo que se afiguram meios fundamentais para a condução dos processos que tratam sobre políticas públicas. Com base nesta leitura, a necessidade de conferir um lastro de legitimidade às decisões judiciais que versam sobre políticas públicas suscita a escolha por métodos que permitam às partes participarem ativamente do procedimento.

O Código de Processo Civil de 2015, além de prever a Cláusula Geral, estabelece disposições específicas, conforme será abordado no capítulo subsequente. Neste viés, introduzindo a lógica do processo estrutural, a ausência de uma norma regulamentadora confere ao método status de modelo ideal. Explico: Por inexistir parâmetro objetivo para a condução do processo, considera-se que a presença de mecanismos que possibilitam o diálogo e aumentam a consensualidade tendem a aproximar o processo de uma leitura estrutural. Isto é, no campo teórico há uma aproximação ou um distanciamento daquilo que se considera processo estrutural.

Conforme foi abordado neste capítulo, conclui-se parcialmente que a aproximação é facilitada nos casos em que as partes e o juízo convergem em introduzir no processo uma condução estrutural, dado a necessidade de estabelecer um ambiente dialógico e cooperativo.

4.2.3 Peças no tabuleiro

A correlação entre teoria e prática passa necessariamente por reconhecer os dispositivos que possibilitam o incremento da participação e da consensualidade. Como já salientado no capítulo anterior, a petição inicial tem papel determinante na escolha do procedimento. Ao pleitear a elaboração de um plano o autor introduz na inicial a preocupação com o caráter progressivo da reorganização institucional pretendida. Os objetivos específicos da intervenção surgem conforme o processo evolui. Na inicial, fixa-se apenas o objetivo geral a ser perseguido no processo.

Importante salientar duas consequências de tais pedidos. Quais sejam, i) o comprometimento do autor em fiscalizar a execução daquilo que foi pactuado ii) a participação ativa do demandado na especificação da obrigação a ser cumprida. Neste aspecto, salta aos olhos o caráter consensual do procedimento que permite a interação entre as partes na especificação das metas a serem perseguidas. Veja-se, ainda, que o protagonismo do aspecto consensual exige do juiz postura deferente em relação às soluções encontradas pelas partes. Nada obstante, seja na formulação do pedido, seja na pactuação de negócios jurídicos processuais, o juízo tem obrigatória participação no processo. Isso porque, ainda que a valorização da cooperação e da angularização da relação processual tenha implementado novos padrões ao Processo Civil, o juízo ainda tem largo protagonismo em diversos momentos processuais. O controle de validade dos negócios jurídicos processuais, positivado no artigo 190, parágrafo único do CPC pode ser um obstáculo à efetivação do processo estrutural.

Verifica-se que a leitura ampliada da ideia de indisponibilidade está em processo de desvalorização, ante à leitura contemporânea de interesse público. Veja-se que a presente discussão é fundamental para o desenvolvimento desta tese, dada a relação entre as políticas públicas e os interesses estatais. Sobre o prisma da consensualidade, pensar o processo estrutural passa por revisitar a ideia de indisponibilidade e as suas consequentes vedações. José dos Santos Carvalho Filho entende que o administrador público tem apenas o poder de gerir os bens e interesses públicos, de modo que a titularidade destes pertence à sociedade (CARVALHO FILHO, 2010, p. 37). Nada obstante, o espectro da consensualidade tem sido fomentado no âmbito da Administração Pública. O saudoso professor Diogo de Moreira Neto desponta como um dos precursores de tal leitura administrativa:

Tertio; na linha da participação e da consensualidade, destaca-se o desenvolvimento da negociação referida ao atendimento do próprio interesse público, o que possibilita aperfeiçoar-se a sua satisfação além e melhor do que o previsto nos preceitos (MOREIRA NETO, 1992 p. 14)

No âmbito processual, o presente posicionamento refletiu na publicação do Enunciado nº 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹⁰. Veja-se que a posição de deferência aos acordos firmados em demandas que tutelam políticas públicas tem respaldo na doutrina administrativista e processual.

Em outra frente, o compromisso do processo estrutural com o diálogo deve refletir na ampliação dos espaços de deliberação no processo. Neste particular, a técnica processual

¹⁰ Enunciado nº 256 FPPC “A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”

reporta às audiências o papel de destaque. A codificação processual de 2015 reforça o papel das audiências como pilar da cooperação entre os agentes processuais, ao passo que aumenta as hipóteses legais para a sua realização. Do ponto de vista do direito posto, as audiências são o principal mecanismo de deliberação entre as partes e o magistrado, no âmbito processual.

Destaca-se que a oralidade, marco característico deste instrumento, é de grande utilidade como facilitador dos momentos de deliberação. Conforme salientado anteriormente, a transitoriedade do objeto abordado dificulta a fixação dos objetivos específicos do processo. Isso posto, à medida em que progride a reestruturação analisada, as metas específicas tendem a ser traçadas por meio de deliberações entre as partes, que podem ser dinamizadas por meio do diálogo oral, estabelecido entre os agentes. Por outro lado, a comunicação oral não pode ser a única forma de deliberação entre as partes, dado a importância dos dados para o processo de reestruturação (FERRARO, 2015. p. 173)

Isto é, o exercício do mecanismo de *accountability* para a fiscalização do cumprimento dos objetivos específicos reclama a produção de documentação idônea que comprove o alcance das metas estabelecidas. A exposição de dados concretos responde à necessidade de controlar o comportamento do demandado durante a execução do plano de reestruturação. Ressalta-se, ainda, que os relatos documentais colaboram para a democratização do processo, ao passo que facilitam o acesso dos interessados às deliberações processuais. O compromisso do processo estrutural com a democratização do procedimento suscita a conjunção entre participação e transparência, de modo que a publicidade da demanda atinja todos os interessados no litígio.

Ainda no âmbito das audiências, Edilson Vitorelli dispõe sobre a possibilidade de audiências mistas. Nessa situação, as audiências seriam marcadas pela fusão entre a busca pelo consenso, a produção probatória e a prolação de decisões (VITORELLI, 2020. p 329). Nota-se que a solução pensada pelo autor é ousada ao planejar a conjunção de fatores distintos dentro de um momento processual. Nada obstante, do ponto de vista teórico a busca pela consensualidade, inclusive na produção das provas, está em perfeita compatibilidade com o conceito de processo estrutural. Neste viés, no bojo da Ação Civil Pública 5005895.83.2019.4.03.6105, o juízo da 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campinas - SP determinou que as associações demandantes e a demandadas comparecessem à audiência na presença dos técnicos responsáveis pela obra. Na ocasião, os autores propuseram ação visando impedir a construção de barragem de armazenamento de água. Por entender que a demanda necessitava da atuação de expertos na matéria analisada, o juízo determinou a realização da referida audiência.

Pelo viés da consensualidade, a atuação das partes em audiência converge para a sua efetivação. No entanto, para a concretização da participação popular são necessários outros instrumentos. Desde a sua positivação, as audiências públicas se afiguram como o principal meio de viabilizar a presença de sujeitos estranhos ao processo, na demanda. Veja-se que o Código de Processo Civil prevê, no âmbito do sistema de resolução de demandas repetitivas a possibilidade de o juízo convocar especialistas para a realização de tais audiências. Tal previsão tem sido estendida para outras hipóteses, de modo que magistrados de primeira instância fazem uso do referido instrumento em demandas de maior complexidade:

um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual. (MOREIRA NETO, 1992, p 129)

Trata-se de mecanismo originado na tradição jurídica anglosaxã (MOREIRA NETO, p. 1992) e que se consolidou na cultura jurídica brasileira no contexto da redemocratização. Analisando a produção bibliográfica do início dos anos 90 até os anos 2000 é perceptível um certo otimismo na abordagem sobre o instituto. É fundamental para a compreensão dos limites (tópico a ser abordado no próximo capítulo) a comparação entre os textos publicados no período mencionado e a bibliografia publicada nos últimos anos. A leitura das obras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto dá a dimensão da percepção entusiasmada da experiência democrática decorrente das audiências públicas. Com o passar dos anos, a realidade fática exige dos teóricos uma leitura mais temperada, dado as dificuldades de execução e efetivação daquilo que é deliberado no referido espaço. A profusão de estudos empíricos sobre o tema produz diagnósticos sobre as questões. Conforme será abordado no próximo capítulo, as audiências públicas apresentam problemas de estrutura e organização, na seleção de participantes e na admissibilidade e na acessibilidade (GUIMARÃES, 2020).

Nada obstante, as críticas fundamentadas dão azo à otimização do instituto. De modo geral, os estudos que apresentam críticas ao instrumento não caminham no sentido da sua exclusão. A introdução deste instituto no processo estrutural se justifica por sua dupla finalidade: substancialista e procedimentalista (NOGUEIRA, 2015). No âmbito substancial, entende-se que o diálogo estabelecido confere à decisão maior eficiência na persecução do interesse público. A participação social aproxima a atuação do Poder Judiciário da realidade e torna a função jurisdicional mais efetiva. Do ponto de vista procedimental, a audiência pública afeta no caráter orgânico da relação, ao passo que insere no Poder Judiciário uma lógica de construção democrática da decisão.

Veja-se que as finalidades expostas justificam a quantidade significativa de estudos sobre a matéria que inserem as audiências como elemento basilar. A face procedimental dialoga com o compromisso com a busca pela efetividade da jurisdição. Por outro lado, a natureza substancial responde à citada objeção democrática da atuação judicial nas políticas públicas.

Ainda no viés da participação, o *amicus curiae* reflete outra estratégia de possibilitar a participação de mais agentes nas decisões do processo. Para Scarpinella Bueno, a atuação deste agente interveniente tem relação com a representação de interesse institucional, de modo a levar ao processo elementos de fato ou de direito que possam influenciar na resolução do litígio¹¹. Trata-se de instrumento que confere abertura à participação de indivíduos ou grupos da sociedade civil, ainda que não sejam parte da demanda. Tal mecanismo converge com a ideia de representação de interesses de abrangência coletiva e a noção de multipolaridade (ARENHART, 2019).

Nada obstante, no regramento do artigo 138 do Código de Processo Civil que possibilita a participação de pessoas naturais como *amicus curiae*, majoritariamente, a atuação deste agente é realizada por pessoas jurídicas, mais especificamente entidades de representação coletiva.

Para além da utilização dos instrumentos citados acima, o componente decisório é essencial para a caracterização do processo como estrutural. Como já citado no tópico anterior, a implementação da noção estruturante nos procedimentos pode ocorrer por iniciativa das partes ou por ato do juízo. Entre os institutos que contribuem para decisões nestes moldes, Edilson Vitorelli destaca o advento das decisões parciais de mérito, positivadas no art. 356 do Código de Processo Civil:

No processo estrutural, as decisões parciais permitem que o juiz alie conhecimento e execução, por intermédio da tomada de decisão quanto a alguns pontos, os quais passam a ser implementados, enquanto outros ainda são objeto de instrução. (VITORELLI, 2020, p 362)

Trata-se de esforço de compatibilização da teoria do processo estrutural com as disposições do Código de Processo Civil. Importante salientar que a prolação de decisões parciais de mérito durante a reestruturação tem previsão no artigo 18 do Projeto de Lei 8.058/14. Como já salientado no segundo capítulo, a elaboração da referida proposta foi amparada por diversos laboratórios de pesquisa do campo do direito coletivo. Neste aspecto, a condução do processo nestes termos tem respaldo nos estudos de especialistas sobre o tema.

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro*. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*. São Paulo: RT, 2010.

Do ponto de vista conceitual, a prolação de progressivas decisões nos moldes do artigo 356 do CPC se aproxima da ideia de decisões em cascata apresentada por Sérgio Arenhart. Para o autor, a superação da desconformidade parte da superação de problemas que surgem durante o processo (ARENHART, 2013). Parte-se da leitura de Owen Fiss que entende que em litígios estruturais a dimensão real do objeto é descoberta à medida que o processo evolui (FISS, 1979).

Do ponto de vista substancial, a estrutura pensada para tal procedimento parte da construção de provimentos específicos objetivando uma situação geral. Para tanto, entende-se que o primeiro provimento tem como objetivo fixar a plausibilidade da relação. Isto é, a existência da desestruturação alegada e a responsabilidade do agente que responde em juízo:

Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase “principiológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida. (ARENHART, 2013, p. 6)

O perfil genérico deste provimento inicial permite ao juiz e às partes direcionar o processo conforme a execução da medida determinada. Tal modelo de decisão permite que o juízo defina os procedimentos futuros com base naquilo que foi alcançado. A consequência dessa estrutura decisória é a combinação entre cognição e execução. A complexidade do litígio possibilita que alguns pontos estejam em fase de conhecimento, enquanto outros estão sendo executados (VITORELLI, 2020). No entanto, os pontos de compatibilidade entre tal leitura e o Código de Processo Civil ainda estão sendo fomentados pela academia. Isso porque, a tradição implementada no início deste milênio já foi inovadora ao romper com a separação entre o processo de conhecimento e a execução e implementar o chamado processo sincrético¹².

Pensar na conjunção entre cognição e execução nos mesmos instantes processuais passa por uma leitura ainda mais disruptiva. Ainda que se considere a previsão do art. 356 do CPC, a inserção da leitura estrutural encontra alguns obstáculos na codificação atual. Cita-se que a noção de coisa julgada material, basilar para a nossa estrutura processual, pode ser considerada um fator de dificuldade para executar decisões estruturais. No Projeto de Lei nº 8.058/14, consta

¹² Nesta linha MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 913-914; ABELHA, Marcelo. Manual de direito processual civil. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 714-715; GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. Instituições de direito processual civil. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 765-767

a possibilidade de modificação do teor da decisão, durante a execução¹³. Tal disposição reflete o ânimo cognitivo que paira sobre o processo estrutural, em todos os seus momentos.

No bojo do processo nº 2008.72.04.002976-6/JFSC, popularmente conhecido como “ACP do Carvão”, ao julgar a responsabilidade dos agentes, o magistrado fixou o caráter aberto da decisão, frente a possíveis mudanças na matéria fática analisada. No caso citado, a descoberta de novas bocas de mina foi o fator variável previsto na decisão:

Do caráter não-preclusivo parcial da presente decisão.

*Nesta decisão, houve o reconhecimento da existência de bocas de mina abandonadas que estariam duplicadas nas tabelas que até então eram de conhecimento deste Juízo. Adotou-se, então, o estudo apresentado pelo DNPM constante no Anexo nº 50, que culminou no reconhecimento de 25 bocas de minas duplicadas. Enfatizo, assim, que esta decisão, embora acolha o estudo do DNPM de filtragem/validação das bocas de mina, não declara estejam todas tais 25 bocas de mina de fato duplicadas. Com isso, oportunamente, se se constatar eventual equívoco, verificando-se que quaisquer dessas bocas de mina não se encontram duplicadas, caberá a este Juízo, se necessário, sobre a responsabilidade da recuperação delas decidir. Outrossim, enfatizo que a presente decisão não abarca todas as bocas de mina que possam ser imputadas à União, à Carbonífera Catarinense e à IBRAMIL, já que, como se sabe, pelas pesquisas, vistorias e estudos outras bocas de mina podem ser descobertas, por exemplo. Assim, embora haja a imputação de responsabilidades nesta decisão, esta não exaure o tema atinente à responsabilização da União, da Carbonífera Catarinense e da IBRAMIL no que tange às bocas de mina abandonadas.*¹⁴

Veja-se que ao assumir a complexidade do contexto fático o magistrado entende ser necessário flexibilizar a imutabilidade da decisão e proporciona à demanda maior ligação com a realidade. Este caminho decorre do mosaico de objetos tutelados durante o processo de reestruturação. A correlação entre a teoria e o direito posto se faz necessária, dada a ausência de uma codificação específica que regule de forma específica o processo judicial sobre políticas públicas.

O debate sobre a compatibilização dos mecanismos do processo estrutural com a codificação processual parte de uma cultura que valoriza a arte pragmática voltada para a eficiência do processo. O ponto introduzido nesta tese, fundamentalmente neste tópico, parte da importância de construir uma leitura que preza por encurtar a distância entre o “ser” e o “dever ser”, posto que investiga os instrumentos práticos existentes no ordenamento, com a intenção de fomentar novas técnicas de atuação que sejam mais eficientes para tutelar políticas públicas (FONSECA COSTA, 2016)

¹³ Art. 20. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

¹⁴ Retirado da tese de Marcella Ferraro, *Do Processo Bipolar a um Processo Coletivo-Estrutural*. 2015. p. 182.

5 O ALCANCE PRÁTICO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR E DA CONSENSUALIDADE

Neste capítulo, pretende-se analisar a aptidão deste modelo para solucionar litígios que tratam de políticas públicas. Para tanto, serão utilizados, majoritariamente, estudos empíricos que analisam a aplicabilidade dos institutos. Pela limitação bibliográfica, é contraproducente restringir o estudo dos mecanismos citados apenas no contexto do processo estrutural. Neste sentido, foram selecionados estudos que analisam os referidos institutos em contextos diversos, como é o caso das pesquisas que abordam a relação entre o STF e as Audiências. De forma geral, os textos que abordam a relação entre o processo judicial e as políticas públicas analisam o controle realizado pela Suprema Corte. Em menor número, estão os textos que trabalham esta relação nas instâncias ordinárias. Tal esforço é essencial para avaliar o caráter representativo. Nesta linha, Jane Reis entende que “descritivamente só será possível avaliar se uma corte é representativa olhando para o seu passado, a partir de análises empíricas retrospectivas sobre o seu funcionamento que avaliem os impactos substantivos das decisões e as práticas processuais que ela adota” (REIS, 2014) .

Com efeito, para o presente capítulo é fundamental analisar os textos que abordam casos práticos, posto que permitem construir reflexões sobre a aplicabilidade do processo estrutural. Cita-se, a título de exemplificação, o artigo publicado por Sérgio Arenhart, intitulado “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão” Neste texto, o autor aborda o processo estrutural a partir da experiência do processo nº nº 2008.72.04.002976-6/JFSC. Do ponto de vista analítico, este e os demais processos analisados seguem apenas algumas das características citadas como fundamentais para o processo estrutural. Tal ponto reforça o ponto citado no capítulo anterior, referente a compreender o processo estrutural como modelo ideal. Isto porque, ausente um regulamento que fixe as diretrizes para a condução do procedimento, a adoção desta postura parte da compreensão dos agentes.

Ademais, ante o recorte utilizado nesta pesquisa, a ênfase estará nos mecanismos que fomentem a participação popular e a consensualidade na demanda. Decerto, o processo estrutural promove a releitura de variados elementos do processo. No entanto, os limites da tese não permitem que sejam abordadas todas as reflexões englobadas pela teoria.

Nesta toada, observando o recorte da pesquisa, pretende-se analisar a aplicabilidade do objeto, a fim de de analisar se os fundamentos do processo estrutural conferem ao processo judicial maior aptidão para atuar nos litígios que tutelam políticas públicas.

5.1 A compreensão dos limites

Durante a tese foram abordados os fundamentos para o processo estrutural. Nos capítulos iniciais, foram considerados pressupostos básicos do presente trabalho a inevitabilidade da atuação judicial nas questões que tratam de políticas públicas e a existência de incongruências na atuação atual, nos moldes do processo individual.

Em outros termos, embora a instância judicial seja necessária para garantir a efetividade do ordenamento, os moldes da sua atuação no âmbito das políticas públicas devem ser revisitados. Nesta frente, o processo estrutural se coloca como alternativa através da releitura de conceitos e adaptações de institutos processuais. A necessária avaliação da teoria perpassa pela análise da sua aplicabilidade, considerando as limitações impostas pelo plano fático e pelo próprio ordenamento.

No âmbito da participação popular e da consensualidade, há que se ressaltar a dificuldade das instituições envolvidas no processo judicial para conduzirem a demanda nestes moldes. Cita-se, especificamente, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública. A atuação destes agentes obedece ao regramento estabelecido na codificação processual, nas leis complementares que disciplinam a categoria e na Constituição Federal. Tais normas podem ser consideradas limites, ante o caráter incipiente das disposições que direcionam para uma condução dialógica e participativa do processo.

Veja-se que uma das posturas citadas para o legitimado processual como afeita ao processo estrutural foi a consulta do grupo social envolvido na demanda. A convocação de reuniões setoriais (VITORELLI, 2020), corresponde à prática de identificar os anseios do grupo interessado. Ocorre que em grande parte das instituições não há um procedimento formal para a oitava dos grupos. Novamente, volta-se ao ponto da abertura discricionária que deixa nas mãos do membro da instituição a escolha pela consulta. No decorrer da tese pontuou-se a problemática da atuação do legitimado sem a oitiva do grupo representado. No presente caso, ainda que a condução do processo seja em caráter dialógico e consensual, a ausência de participação do grupo envolvido na delimitação do objeto inviabiliza a influência dos interessados no recorte da demanda.

Destaca-se que em alguns órgãos há a formalização de instrumentos internos de participação da sociedade civil, na definição das áreas de atuação. No âmbito do Ministério Público, a Resolução nº 82, de 29 de fevereiro de 2012 regulamenta o art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/93, que estabelece como atribuição do Ministério Público promover

audiências públicas. Ainda em sede ministerial, ressalta-se o mecanismo das "escutas sociais", instituído no MPSP, que visa ouvir da população demandas sociais em reuniões realizadas em espaços públicos. De acordo com o roteiro publicado no portal da instituição¹⁵, tal instrumento se diferencia da audiência pública por ser mais flexível e com menos formalidades para a participação da população interessada.

Nada obstante a importância destes elementos na garantia da democratização do procedimento, salta aos olhos a simplicidade deste procedimento quando comparado ao processo de criação de uma política pública. Isto é, a aproximação do processo judicial ao método de criação e implementação de uma política pública não deve ter a pretensão de ser um simulacro do ciclo de uma política pública. Esta, portanto, é uma das conclusões deste capítulo. Em termos comparativos, a participação popular na criação das políticas públicas ocorre, entre outros meios, através dos Conselhos Gestores. Na ordem introduzida pela Constituição de 1988 tais órgãos são encarregados de incrementar a representação e a participação popular, atuando na assessoria e no suporte na sua área de atuação específica (GOHN, 2006). Trata-se de estrutura complexa, com regulamento formal que disciplina a sua estrutura e a sua atuação. Na esfera da saúde, por exemplo, a Lei nº 8.142/1990 define a composição paritária em relação à representação dos usuários e os demais segmentos. Em termos percentuais, 50% dos integrantes são usuários, 25% profissionais de saúde e os 25% restantes devem ser gestores e prestadores de serviço. Disposição análoga está prevista na Lei Orgânica da Assistência Social, que determina a paridade na representação entre governo e sociedade civil. Veja-se que a representação não é um espaço isolado de críticas¹⁶, no entanto, a existência de um aparato formal e previamente definido o coloca na frente da representação viável na esfera judicial.

Desta feita, ao invés de ser uma estrutura que pretende reproduzir as fases de uma política pública, o processo estrutural tem como função construir um procedimento que seja mais afeito a atuar naqueles casos em que há uma ação/omissão reiterada do poder público, que provoca uma desconformidade estrutural. Ou seja, no âmbito das políticas públicas, a atuação do Poder Judiciário é subsidiária, e ocorre após uma postura institucional deficitária. Pensar o processo estrutural se trata de esforço para fomentar a representação possível, diante das limitações impostas pela estrutura institucional, pelo princípio da celeridade e pelo ordenamento de modo geral. Longe, portanto, de ser um modelo ideal, ou comparável ao

15

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civil/Roteiro%20Aud%20P%C3%ABlica%20e%20escuta%20social.pdf

16 GOMES, 2015

processo de criação de uma política pública. No entanto, a própria teoria dos direitos fundamentais exige do Poder Judiciário atuação como agente ativo na garantia dos objetivos constitucionais.

Tal noção de subsidiariedade tem amparo no entendimento de Melina Girardi Fachin, Caio Cesar Bueno Schinemann, que destacam que o caráter subsidiário das decisões estruturais está presente em âmbito externo e interno em relação à esfera processual (FACHIN e SCHINEMANN, 2018, p 227):

Do ponto de vista externo, busca-se provimentos desta natureza apenas quando os mecanismos políticos ordinários falharem de forma reiterada. Notadamente, quando a promoção de direitos por meio de políticas públicas oriundas do Executivo e do Legislativo não funciona ou quando se percebe a ausência de vontade política em concretiza-las. Do ponto de vista interno à decisão, a subsidiariedade se manifesta na primazia dos mecanismos dialógicos e flexíveis de implementação da decisão em detrimento dos mais gravosos. As intervenções mais profundas nas demais esferas de poder só serão legítimas acaso precedidas de tentativas de solução mais brandas e voltadas à busca do consenso. (FACHIN e SCHINEMANN, 2018, p 227)

A introdução dos aspectos estruturais na demanda parte da inefetividade dos demais poderes em conduzir de forma satisfatória a política pública em questão. Diagnosticada um problema estrutural, o Poder Judiciário tem o poder-dever para atuar de modo a reajustar a estrutura deficiente, e conduzir as instituições ao estado de conformidade.

Ainda na delimitação da demanda, a atuação do legitimado encontra dificuldades na definição dos grupos a serem ouvidos, naqueles litígios que tutelam interesses com grande repercussão, de modo que este também pode ser um limitador do processo estrutural. A convocação de reuniões setoriais, como já salientado, possibilita o atendimento de demandas em âmbito coletivo. No entanto, a tarefa de identificar o grupo atingido, bem como selecionar os agentes que trarão ao processo contribuições para a resolução do litígio não é uma tarefa de baixa complexidade. Neste ponto, a oitiva de alguns interessados em detrimento de outros pode ser considerado um limitador da participação popular. Conforme salientado anteriormente, quando comparado aos conselhos, a estrutura de participação do judiciário e das instituições essenciais à justiça é modesta. A representação no âmbito do conselho é escolhida por meio de votação, e segue critérios de igualdade. No ponto, a falta de delimitação prévia dos interessados a serem ouvidos tende a provocar incompreensões e sobreposição de interesses. No caso dos indígenas e dos quilombolas, a existência de protocolo de consulta prévia facilita a identificação das lideranças e confere aos encontros com as instituições de estado verdadeiro caráter democrático. No entanto, tal sistematização é excepcional em nossa sociedade.

Superado o momento pré-processual, a condução participativa da demanda passa pela ampliação da noção de contraditório. Neste aspecto, salta aos olhos a figura das audiências

públicas. A introdução deste mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro reflete a preocupação com a democratização do processo decisório nas instâncias administrativa e judicial. A leitura dos textos produzidos após a redemocratização atesta o otimismo dos especialistas quanto a capacidade deste instrumento para impulsionar novos meios de participação. Tais produções são essenciais para compreender os fundamentos da participação popular na Administração, especialmente porque constroem comparativos com o modelo decisório característico do regime militar. A introdução de modelos participativos é um importante marco para a reconstrução de pontes entre a sociedade civil e a Administração Pública, e o recorte introduzido pelos textos publicados neste período comprova esta relação.

No entanto, para o presente capítulo, que pretende analisar a aplicabilidade dos mecanismos que compõem o processo estrutural, é necessário transcender a análise que aborda a audiência pública do ponto de vista teórico e adentrar nos estudos que analisam a estrutura das audiências, os seus formatos e a influência na decisão do juízo.

Em importante estudo, publicado na Revista Direito e Práxis, a pesquisadora Livia Gil Guimarães analisa os documentos e os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, a fim de construir um diagnóstico sobre a função destas reuniões para a jurisdição constitucional. A pesquisa traça uma valiosa comparação entre o entendimento dos ministros sobre o papel deste mecanismo e o verdadeiro papel desempenhado por elas na produção das decisões. Da fala dos juízes da suprema corte constata-se as funções de “a) instruir o Tribunal, b) democratizar o Tribunal (no sentido de uma democracia participativa); c) legitimar as suas decisões; e d) criar um espaço de diálogo social” (GUIMARÃES, 2020. p. 263)

Nota-se que a leitura dos ministros oscila entre a visão substancialista e a procedimentalista¹⁷. O ponto “a” corresponde ao método de auxílio à produção de decisões melhores, correspondendo ao papel de agregador ao conteúdo da decisão. Quanto aos demais, conferem às decisões maior lastro democrático, e conseqüentemente, mais legitimidade, de modo a se afeiçoar à noção procedimental instrumento. Notável que os entendimentos pontuados pelos ministros estão em clara conformidade com a noção de processo estrutural. A justificativa daqueles que alegam a necessidade de implementar as audiências públicas no processo judicial parte de bases parecidas.

Em contrapartida ao discurso dos ministros, a pesquisa entende que não há o exercício de todas as funções pretendidas, dado a existência de déficit em alguns aspectos. Quais sejam, na seleção dos participantes, na organização e na acessibilidade (GUIMARÃES, 2020). Veja-

¹⁷ Ver página 44

se que os aspectos citados afetam diretamente a noção de participação dos grupos sociais interessados. O levantamento feito na pesquisa colabora para que se entenda que a perseguição dos fins pretendidos necessita mais do que simplesmente inserir tal mecanismo nos processos judiciais. Do contrário, às audiências restaria apenas o papel simbólico, de simples instrumento de validação do entendimento previamente definido pelo magistrado.

Os diagnósticos apresentados na pesquisa de Livia Gil Guimarães muito se assemelham com os problemas apontados por Ricardo Cesar Duarte, em sua dissertação de mestrado¹⁸. No trabalho em questão, o autor avalia se as audiências públicas, realizadas no STF, voltadas para o direito à saúde, lograram êxito em construir parâmetros mais claros para a atuação do Poder Judiciário nesta matéria. A tese colabora para o ponto analisado neste capítulo, tendo em vista a metodologia de pesquisa voltada para a análise empírica de documentos e arquivos decorrentes das três audiências selecionadas¹⁹. O autor constrói seus diagnósticos com amparo na leitura de Carolina Alves Vestena, que também entende existir falhas no modelo de audiência pública construído atualmente.

[...] observadas atentamente as audiências públicas e os limites apresentados quanto à participação efetiva dos cidadãos, verificamos que a utilização do instituto representa uma mera sofisticação procedimental, pensada para responder a críticas sobre a ausência de legitimidade e cujos efeitos são bastantes limitados no que diz respeito à produção de mais democracia no interior das estruturas decisórias dos tribunais. Desse modo, as audiências públicas serviriam apenas para implementar uma reestruturação da atuação do Supremo, no sentido de garantir “uma contenção pretensamente dialética das demandas sociais que, uma vez inseridas em seu interior, são limitadas a um debate formal, cujo impacto participativo é irrelevante para a tomada de decisão dos ministros” (VESTENA, 2010, p. 73). (DUARTE, 2016, p. 87-88).

Em termos gerais, as duas pesquisas citadas se aproximam na conclusão. Diferenciam, contudo, na profundidade dos diagnósticos. Tendo em vista as limitações desta monografia, bem como o recorte escolhido, serão destacados apenas alguns dos diagnósticos apontados na pesquisa de Livia Gil Guimarães. Quais sejam, a organização que dificulta o diálogo; a ausência de questões previamente definidas; o perfil dos participantes e a pouca transparência do processo de escolha dos participantes (GUIMARÃES, 2020). O ponto introduzido nesta pesquisa é um importante instrumento para compreender a relação entre o Poder Judiciário e os mecanismos de participação popular. Ainda que em recorte limitado ao Supremo Tribunal Federal, a investigação descreve satisfatoriamente a relação entre o discurso da magistratura e o reflexo das deliberações nas decisões do processo.

¹⁸ disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-18082016-150721/pt-br.php>

¹⁹ Judicialização Da saúde, programa mais médicos e internação hospitalar com diferença de classe no SUS

A estrutura das audiências é pilar essencial para compreendê-las como ambiente de deliberação intraprocessual. Pelo o que é possível deprender da aplicação do instituto, a abertura do espaço para a participação não é suficiente para garantir a eficiência das audiências do ponto de vista procedimental. Isto é, que tais reuniões colaborem efetivamente para as decisões prolatadas em juízo. Tal aspecto adentra na dimensão comunicativa do instituto, e reafirma a necessidade de introduzir nos agentes o anseio de construir uma solução coletiva para o litígio analisado. Para que as audiências públicas sejam efetivamente instrumentos de construção decisória com a participação dos interessados, as manifestações devem ter perfil diverso. Em alguns casos, os participantes verbalizam os seus entendimentos em formato de palestra, algo que pouco contribui para o debate (DUARTE, 2016). A consequência destas falas é a desconexão entre as manifestações dos presentes. Cada interessado sustenta a sua opinião, sem que a junção de todas as falas componha um todo orgânico. Neste formato a construção coletiva fica em segundo plano e cede lugar a outros interesses.

A pesquisa também questiona a metodologia de seleção dos participantes. Por não existir qualquer regulamento objetivo sobre quem deve efetivamente participar da audiência, a seleção passa pela discricionariedade do juízo, que interpretará o proveito da participação para o processo (REIS, 2014). No ponto, questiona-se se a convocação dos interessados tende a obedecer ao prévio convencimento do julgador. Isto é, a oitiva daqueles que naturalmente se posicionam de forma similar ao magistrado seriam ouvidos para reforçar o entendimento já consolidado (VESTENA, 2010). Tal forma de gerenciamento dos participantes proporciona ao magistrado o poder de manipular a deliberação conforme os seus interesses:

Também, a seleção de apenas alguns grupos, pode levantar a hipótese de que as audiências públicas sejam usadas pelos ministros e ministras do Tribunal como um mecanismo autolegitimador de suas decisões. Isso porque pode ser que a escolha por ouvir apenas alguns grupos que tenham conhecidamente o posicionamento “X”, sirva apenas para validar o entendimento (também “X”) que o julgador já possuía previamente a respeito do caso em discussão. Ou, então, a hipótese de que os ministros compreendam que, de certa maneira, a convocação de uma audiência pública por si só, independente de quem seja habilitado a participar, já seria suficiente para atestar a sua “vontade de ouvir a sociedade” e que, conseqüentemente, qualquer decisão tomada teria um caráter mais democrático, participativo e, até, deliberativo. (GUIMARÃES, 2020.p 263)

A manipulação de instrumentos que proporcionam a participação no processo judicial também pode limitar a eficiência do *amicus curiae* como objeto de democratização do procedimento. Nos mesmos termos, a efetividades destes instrumentos só ocorre quando utilizado de forma objetiva, igualitária e transparente (REIS, 2014).

No viés da consensualidade, a construção dos limites passa pela crítica à efetividade da decisão. O anseio de conferir aos agentes do processo ampla influência sobre a decisão abre espaço para questionamentos sobre a possibilidade de o processo não alcançar os objetivos

pretendidos. No plano teórico, tal crítica se aproxima do dilema da última palavra, explorado por Conrado Hubner Mendes²⁰. Para o autor, a compatibilização entre a última palavra e a abertura de espaços deliberativos é necessária, de modo que não haja a exclusão daquele aspecto na tomada de decisão:

O conceito de diálogo inter-institucional pode realmente levar a mal-entendidos. Se sua orientação fosse “todos podem decidir tudo todo o tempo”, os riscos de impasse, paralisia, colapso e vácuo de poder saltariam aos olhos. É por isso que a idéia de última palavra continua a desempenhar algum papel, apesar de termos amenizado sua importância, quer pela inevitabilidade da resposta ao longo do tempo, caso persista o desacordo, quer pela capacidade de a deliberação reduzir o dissenso, ou ao menos despertar mútuo e a deferência. (HUBNER MENDES, 2008, p 210)

A ressalva apresentada no texto salienta que proporcionar um ambiente deliberativo nas demandas que tutelam políticas públicas não pode causar impasses na construção das soluções para os litígios analisados. O ânimo de abrir o processo decisório não pode ser um obstáculo para a efetividade da jurisdição. Ainda neste aspecto, a crítica à inefetividade e à morosidade corresponde a um limitador do processo estrutural. Alega-se que o processo coletivo estrutural não alcança os objetivos que se propõe e dilui os esforços e o foco do grupo social envolvido, sem apresentar o retorno pretendido (VITORELLI, 2020). Do ponto de vista temporal, o caráter progressivo da reestruturação dificulta que a situação seja solucionada de forma imediata.

Na verdade, a introdução de aspectos participativos e a fixação de decisões que consideram a dificuldade em modificar a situação tutelada só é possível pela natureza transitória do processo estrutural: “a reestruturação de diversas políticas públicas, com efeitos a longo prazo, exige que se abra mão de algo que não é simples de abdicar: o atendimento imediato das demandas da sociedade atendida pela entidade” (VITORELLI, 2020. p. 201). A título de exemplificação, a sentença que determinou aos réus do processo nº93.80.00533-4 (“ACP do Carvão”) a elaboração de plano de recuperação ocorreu sete anos após o seu ajuizamento. Neste caso, o Ministério Público Federal realizou o ajuizamento da ação em abril de 1993 e a sentença foi prolatada em janeiro de 2000.

Nada obstante, conforme abordado no capítulo anterior, a complexidade de um litígio estrutural possibilita a coexistência de diversos objetos. No ponto, ainda que alcance do objetivo geral só seja alcançado após o término do processo, é possível que alguns objetivos específicos sejam alcançados no decorrer do processo.

Os textos citados sustentam a necessidade de ressignificação de alguns instrumentos que garantem a participação e a consensualidade convergem em entender que tais instrumentos

²⁰ Conceito desenvolvido em sua tese de doutorado Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008.

são aptos a produzir bons resultados para o processo. As críticas, portanto, não visam à exclusão dos institutos, mas a reformulação para que sejam efetivamente democráticos. Quanto ao processo estrutural, pontuar os seus limites permite que os seus objetivos sejam construídos de forma realista e conectada com a prática. Em sentido contrário, o olhar que superestima o seu alcance dificulta a projeção dos objetivos a serem alcançados pela teoria.

5.2 Um olhar sobre a eficiência dos processos estruturais

A análise dos instrumentos do processo estrutural é fator de relativa complexidade, dado a sua recente introdução no ordenamento jurídico nacional. Se no âmbito teórico a sua construção ainda é incipiente, os estudos de casos são ainda mais raros. Ainda assim, pelos textos até então produzidos é possível construir alguns diagnósticos sobre a sua implementação no direito nacional. Conforme já pontuado anteriormente, a ausência de parâmetros objetivos dificulta determinar com precisão se determinada postura judicial realmente segue as bases do processo estrutural. Deste modo, para fins analíticos, entende-se que o processo estrutural corresponde a um modelo ideal ao qual os agentes processuais se aproximam e se afastam conforme atuam com base em seus postulados.

O pequeno número de decisões judiciais que abordam explicitamente o processo judicial em seu conteúdo dificulta a análise da aplicabilidade dos seus institutos. O caráter paradigmático do acórdão proferido no REsp 1.854.847 - CE ainda não produziu aumento significativo no número de decisões que abordam o tema. Parte dessa questão pode estar relacionada com os custos de uma gestão processual nos moldes do processo estrutural. Conforme abordado no capítulo anterior, um dos limitadores desta teoria é o custo temporal. A condução nos moldes do processo estrutural exige das partes e do juiz paciência e espírito diligente. A análise de possíveis efeitos desta e de outras decisões das cortes supremas no crescimento de provimento estruturais é um estudo empírico importante para situar o estado da arte, e deve ser um recorte a ser analisado por pesquisadores do ramo.

De forma genérica, cabe ao processo estrutural diluir um estado de desconformidade estrutural. A persecução deste objetivo justifica, para os adeptos da teoria, os efeitos colaterais referentes ao custo temporal e processual (VITORELLI, 2020). Nestes termos, abordar a eficiência da jurisdição passa por analisar se após o término da atividade jurisdicional a estrutura analisada entrou em conformidade com o ordenamento. Um importante estudo para entender a efetividade dos instrumentos consensuais e participativos no processo é o processo nº 93.80.00533-4, popularmente conhecida como “ACP do Carvão”. Antes de adentrar no

problema, é importante pontuar que os limites desta tese dificultam a construção de estudos empíricos inéditos, nesta via, foram selecionados casos com estudos já desenvolvidos, a fim de facilitar o processo de pesquisa.

A Ação Civil Pública em questão foi ajuizada, junto à Justiça Federal de Criciúma, com o objetivo de reparar os danos ambientais ocorridos entre 1972 e 1989, na região da Bacia Carbonífera do Sul do Estado de Santa Catarina. A sentença, determinou a elaboração de plano de reestruturação para a região, com se depreende do seguinte trecho:

um projeto de recuperação da região que compõe a Bacia Carbonífera do Sul do Estado” contemplando “as áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d’água, além de outras obras que visem amenizar os danos sofridos principalmente pela população dos municípios-sede da extração e do beneficiamento

Veja-se que o litígio em questão tem alto grau de complexidade, ante a titularidade do direito, o número de sujeitos envolvidos no dano e a dificuldade para tutelar o objeto. Cita-se que constam do polo passivo da demanda pessoas jurídicas de direito público, pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado. A execução das obrigações determinadas pelo juízo reflete a atuação entre as instituições envolvidas nos litígios, eis que a atuação ativa do Ministério Público Federal, do Ministério Meio Ambiente, Departamento Nacional de Produção Mineral e de seus respectivos técnicos colaborou para traçar diagnósticos sobre o processo de recuperação (ZANETTE, 2016).

Destaca-se que a participação dos órgãos da administração pública federal converge com a ideia abordada no capítulo sobre a compreensão das capacidades institucionais pelo Poder Judiciário. No presente caso, a participação do corpo técnico colaborou para realinhar as metas da reestruturação, a fim de evitar que a demanda fosse infrutífera em seu objetivo. Em sentido similar, a atuação destas instituições corresponde ao dever de fiscalização, direcionado aos agentes do processo:

Durante a primeira fase de execução, que se estendeu do ano de 2000 até o ano de 2004, houveram vários problemas relacionados à falta de conhecimento quanto aos temas, como por exemplo, sobre as áreas a serem recuperadas e, os projetos de recuperação de áreas degradadas (PRADs). Os meios de fiscalização para as rés eram insuficientes, e ainda não havia um ente de atuação central para organizar os projetos – o Ministério Público não tinha uma estratégia de ação definida. A segunda fase executória ficou marcada pelo maior acompanhamento do Ministério Público Federal, do Ministério do Meio Ambiente e do Departamento Nacional de Produção Mineral, através de seus técnicos, sucedendo-se na elaboração da Informação Técnica 03/2006. Por meio desse estudo, ficou evidenciado que o trabalho de recuperação ambiental não estava sendo executando conforme devido, tendo em vista a falta de padronização dos estudos e projetos apresentados. (ZANETTE, 2016, p.73)

O contraste entre as fases executivas demarca importante diagnóstico sobre a necessidade de integrar ao processo especialistas no objeto analisado, bem como destaca a importância de fiscalizar o cumprimento da obrigação pactuada. Nesta toada, foi construído o

Grupo Técnico de Assessoramento, composto por representantes da União, do Ministério Público Federal, das empresas carboníferas, do Sindicato das Indústrias da Extração do Carvão Mineral do Estado de Santa Catarina, do Departamento Nacional de Produção Mineral, da Fundação do Meio Ambiente e dos Comitês das Bacias Hidrográficas dos rios Araranguá, Urussanga e Tubarão. A tal órgão foram fixadas as seguintes obrigações:

- a) integrar os dados de indicadores ambientais coletados pelo SIECESC, pela CPRM e pelas empresas carboníferas; b) elaborar relatórios técnicos periódicos, destinados ao Juízo e sujeitos a ampla divulgação, avaliando a evolução dos indicadores ambientais; c) propor ações tendentes à plena recuperação ambiental, nos termos previstos na Sentença; d) propor sequência de prioridades na execução de ações de recuperação; e) propor alterações nos indicadores ambientais, e plano de monitoramento, quando entendê-las necessárias; f) responder tecnicamente a eventuais questionamentos do Juízo. (ZANETTE, 2016. p 74)

A atuação deste órgão foi fundamental para identificar os déficits da metodologia adotada nas fases iniciais da execução e traçar novas estratégias de atuação. Destaca-se, ainda, que a tomada de decisões na esfera interna da assessoria segue a via consensual, o que reduziu consideravelmente possíveis recursos em face da sentença (ARENHART, 2015)

O controle social sobre a execução do plano é realizado, entre outros meios, por portal público²¹ na rede mundial de computadores, que divulga os relatórios anuais elaborados pelo Grupo Técnico de Assessoramento. A Ação Civil Pública também impulsionou a participação do poder legislativo local, ao passo que foi criada a Comissão Especial Temporária sobre a Ação Civil Pública do Carvão, no âmbito da Câmara dos Vereadores de Criciúma. Com base nos relatórios produzidos pelo GTA, verifica-se que grande parte das áreas danificadas já foram efetivamente recuperadas.

No caso em tela, a complexidade da situação fática tutelada pela ação é pouco compatível com provimentos nos moldes tradicionais. Destaca-se, ainda, o caráter prospectivo da ação que direciona os réus ao cumprimento de obrigações que visam a retomar o status quo anterior aos eventos danosos. Portanto, o redirecionamento da estrutura analisada é a marca do procedimento.

Noutro giro, importante pontuar que a definição do legado de decisões estruturantes transcende a análise do caso concreto. Por englobarem diversos agentes e despertarem interesses sociais relevantes, os efeitos das decisões estruturais devem ser avaliados de forma mais detida (FACHIN & SCHINEMANN, 2018). Neste sentido, entender a eficiência das decisões estruturais passa por analisar a multiplicidade de efeitos provenientes da postura adotada em juízo:

²¹ <http://acpcarvao.com.br/login/index.php>

Junto dos efeitos materiais diretos (relativos à resolução do caso concreto), há efeitos simbólicos e indiretos. As decisões estruturantes, mais que outros provimentos jurisdicionais, definem o problema atacado como uma violação de direitos humanos e fundamentais, instam a opinião pública contra esta violação, demonstram a gravidade do problema e mobilizam a sociedade civil acerca da questão. (FACHIN E SCHINEMANN, 2018, p 225/226)

A difusão de efeitos também afeta o exame sobre a aplicabilidade do processo estrutural.

Do ponto de vista analítico, não é suficiente observar o objeto apenas na esfera da decisão judicial. Também se torna necessário observar a atuação das partes processuais e dos agentes sociais envolvidos no litígio. Um exemplo de consolidação de demandas sociais por meio de atuação estrutural foi o caso das vagas em creches, no município de São Paulo. Neste caso, o engajamento da sociedade civil para que as autoridades municipais agissem para solucionar a falta de vagas foi fundamental para a mudança do quadro. A atuação do Grupo de Trabalho Interinstitucional - GTIEI, formado por membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, advocacia especializada e Organizações Não Governamentais fomentou a construção de alternativas para diluir a problemática existente. A título de ilustração, em 2015 a demanda por vagas no sistema público de creches apresentava 75 mil crianças cadastrados no sistema da Secretaria Municipal de Educação, aguardando vagas (OLIVEIRA, SILVA e MARCHETTI, 2018).

Neste litígio o debate realizado no âmbito do grupo ressalta a importância da participação de entidades da sociedade civil na identificação da demanda e na elaboração de estratégias para a atuação em juízo. Destaca-se a atuação do Movimento Creche para Todos, organização que por meio de iniciativas políticas busca a garantia da inclusão educacional no âmbito das creches. A articulação entre os agentes integrantes do GTIEI produziu resultados estratégicos importantes, conforme se depreende do trecho a seguir:

O resultado do diálogo interinstitucional fomentado pelo GTIEI e das proposições originais inscritas no parecer-conceito culminou em um julgamento inédito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), em 2013 de duas Ações Cíveis Públicas ajuizadas no Foro Regional de Jabaquara e Santo Amaro, após a realização de uma Audiência Pública para a ampla discussão da questão. GOTTI, XIMENES, 2018. p. 365/366):

No texto mencionado, Alessandra Gotti, advogada e integrante do Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre a Educação Infantil ressalta o perfil estratégico da mudança de atuação. O comportamento do judiciário paulista, à época das ações, pouco aberto a deferir pedidos coletivos em demandas sobre educação, ensejou o reposicionamento das instituições envolvidas na questão. Em uma das ações ajuizadas, a Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou que o Município de São Paulo criasse 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas, bem como a apresentação de um plano de ampliação do número de vagas.

Na problemática em questão, o caráter estrutural passa fundamentalmente pelas instituições que buscaram perante o Poder Judiciário a efetivação de política pública voltada para a educação. Tal situação reflete os efeitos amplos decorrentes da postura estrutural dos agentes envolvidos em litígios complexos. Foram ajuizadas diversas demandas, com caráter individual, individual homogêneo e estrutural. A negativa do Poder Judiciário acerca dos pedidos estruturantes, ainda que possa ser considerada um obstáculo significativo para a consolidação dos direitos pleiteados, não obstou a relação dos grupos da sociedade civil com as instituições de estado, a fim de buscar uma solução para o problema. Nestes termos destaca-se o seguinte trecho de Edilson Vitorelli: “ainda que o processo judicial não gere resultados diretos, ele servirá como veículo de mobilização social e política do grupo, que poderá buscar a transformação esperada por outras vias.” (VITORELLI, 2020).

Consoante a isso, o movimento citado acima provocou uma visível alteração da postura das instituições municipais. Quanto à atuação do Poder Executivo decorrente das demandas judiciais ajuizadas, é possível dividi-la em estratégia política e estratégia judicial. Na primeira o Executivo atua internamente para dar efetividade ao direito pleiteado, enquanto na segunda a atuação visa reverter os efeitos da decisão judicial (OLIVEIRA, SILVA e MARCHETTI, 2018). Entende-se que nesta demanda foi predominante a estratégia política, eis que as autoridades municipais diligenciaram para proceder a diluição do problema. Em estudo realizado por Vanessa Elias de Oliveira e Vitor Marchetti, baseado na oitiva de gestores municipais, constatou-se que o ajuizamento de demandas foi fator determinante na alteração da postura das instituições educacionais: “os gestores entrevistados também apontaram um aspecto positivo do fenômeno, a demanda judicial acabou servindo de instrumento eficaz para colocar o “governo em ação”, ou seja, gerar políticas públicas. Certamente o gestor municipal vem atentando para a educação infantil muito em função da atuação do Judiciário na garantia desse direito” (MARCHETTI, OLIVEIRA, 2013, p 15).

O exemplo das demandas judiciais referentes à garantia das vagas em creches, no município de São Paulo, ilustra a variedade de abordagens possíveis para tratar de questões referentes a políticas públicas. A homogeneidade dos direitos individuais tutelados proporciona que os interessados mobilizem estratégias distintas para o atendimento da demanda. Nada obstante, o caráter estrutural do problema é fato incontroverso. A escolha dos agentes passa por empenhar esforços para modificar a estrutura desconforme ou apenas garantir, no caso concreto, o direito à educação. Do ponto de vista formal, ambas as opções são aceitas. Diferenciam-se, no entanto, quanto aos fins pretendidos no momento do ajuizamento da ação. Por outro lado,

do ponto de vista global, a profusão de ações individuais traz consequências negativas para o ordenamento jurídico, como é possível depreender do processo de judicialização da saúde e da educação.

A solução por meio do processo estrutural tenta reformular as instituições envolvidas na política pública, com o olhar voltado para todo o seu processo de efetivação. Para proceder tal intervenção na esfera das políticas públicas o Poder Judiciário busca amparo no consenso construído pelo diálogo inter-institucional e na ampla participação do grupo social envolvido. Os dois casos abordados neste tópico fornecem à pesquisa certa profundidade sobre a aplicabilidade destes institutos. O caso concreto permite compreender de que forma a interação entre os sujeitos repercute, em primeira instância no processo judicial, e indiretamente, na aglutinação de interesses sociais. Ambos os casos convergem em demonstrar que a avaliação dos efeitos decorrentes da atuação estrutural transcende a mera análise do teor das decisões do processo judicial. Isto porque, para além deste fator, a postura dos grupos sociais envolvidos, a construção de agendas públicas e a postura das instituições estatais também são parâmetros que devem ser considerados.

6 CONCLUSÃO

No presente trabalho monográfico buscou-se abordar o advento do processo estrutural como instrumento apto para tutelar demandas referentes a políticas públicas. O aspecto preambular da pesquisa parte da incompreensão do operador do direito em relação aos institutos que compõem o campo das políticas públicas. Logo no capítulo inicial da tese, a problemática referente ao déficit metodológico na interação entre os dois campos conduz a necessidade de criar alternativas para esta relação. Neste particular, destaca-se a ideia de abordagem como forma de consolidar a relação entre as duas áreas do conhecimento, em conformidade com as exigências metodológicas.

O ganho teórico decorrente da observação dos parâmetros existentes nas políticas públicas confere ao operador de direito instrumentos mais aptos para lidar com questões complexas. Isto é, a utilização de modelos, teorias e quadros conceituais torna mais fácil a abordagem do operador do direito no ramo das políticas públicas. Conclui-se, portanto, que o dever metodológico torna-se, do ponto de vista prático, um facilitador para abordar questões complexas sobre direito e políticas públicas.

No âmbito judicial, o presente trabalho analisou a leitura que entende o processo estrutural como meio mais adequado a tutelar litígios que envolvem políticas públicas. O recorte selecionado para analisar esta proposição passa pelo âmbito da participação popular e da consensualidade. Importante salientar que no decorrer da pesquisa restou evidente a quantidade de dissensos em relação às características que pertencem ao processo estrutural. O caráter incipiente das produções acadêmicas, legislativas e jurisprudenciais sobre a teoria dificultam a produção de consensos. Por outro lado, o diagnóstico teórico quanto à variedade de entendimentos reforça que tais dissensos podem ser minorados, dado a convergência em relação aos objetivos gerais. Isto é, a condução de procedimento dialógico e com participação ampliada.

Ainda em relação ao caráter incipiente, tal situação possibilitou a construção de ideias novas a serem absorvidas pela teoria. A conjunção entre os textos sobre arranjos institucionais de políticas públicas com a bibliografia especializada no processo estrutural conferiu as bases para sedimentar propostas para novas configurações entre os atores processuais. Neste particular, propõe-se que ao tratar de políticas públicas o Poder Judiciário deve estar atento ao arranjo institucional que permeia o referido objeto. Cita-se como medida concreta a atuação, em sede processual, dos agentes públicos especialistas na matéria tutelada. Tal postura foi observada pelo juízo da “ACP do Carvão” ao selecionar o corpo técnico do Ministério do Meio Ambiente para atuar no processo de reestruturação.

O estudo sobre os fundamentos que amparam a participação e a consensualidade no processo decisório explicita o caráter difuso das matrizes conceituais que embasam tal abordagem. No decorrer do trabalho foram citados autores do Direito Constitucional, Processo Civil, Direito Administrativo e Políticas Públicas. Salienta-se que a análise de bases distintas permite a construção de diagnósticos interdisciplinares, como é o caso da relação entre o conceito de rodadas procedimentais e o processo decisório de um litígio estrutural.

Por outro lado, a análise de textos produzidos em momentos históricos distintos permite a análise dos institutos nos dois vieses elencados no trabalho. Quais sejam, os fundamentos e a aplicabilidade. Se por um lado os textos contemporâneos à introdução dos institutos situam a questão do ponto de vista teórico, a análise de estudos empíricos recentes dão noção dos limites práticos a qual tais instrumentos estão submetidos. Tal relação é o fio condutor para a conclusão geral da pesquisa, quanto à consolidação do processo estrutural como meio adequado para tutelar políticas públicas.

A análise detida dos institutos que embasam o processo estrutural corroborou para a ideia de procedimento possível. Isto porque, no esforço de englobar aspectos metodológicos das políticas públicas, o processo estrutural abre outros gargalos, como é o caso da limitação temporal. Além disso, a pesquisa dos instrumentos formais que amparam a atuação dos órgãos que compõem o sistema de justiça verificou-se que os métodos que viabilizam a participação social e a consensualidade são de baixa complexidade quando comparados com os métodos de participação de políticas públicas. Por outro lado, iniciativa para atuação do Poder Judiciário nestas demandas ocorre após ação ou omissão reiterada dos demais poderes na efetivação de determinada política. Caracteriza-se, portanto, a ideia de subsidiariedade. Ademais, a atuação do Poder Judiciário passa a ser necessária para que haja a efetivação do direito. Isso posto, a compatibilização entre tais marcos confere ao processo estrutural o status de procedimento possível para tutelar políticas públicas, ante a sua adequação para consolidar a abordagem entre os dois campos.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A **importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm**. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 643-665, 2020

ARENHART, Sergio. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. In: Revista de Processo Comparado. São Paulo: RT, jul/dez, 2015, n. 2, versão eletrônica

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **Dois problemas de operacionalização do argumento de “Capacidades Institucionais”**. REI, v. 2, n. 1., 2016.]

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BRASIL. **Lei 13.105**, de 12 de janeiro de 2015. Brasília, DF. 16 de março de 2020. Diário Oficial da União de 16/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1854842/CE**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 02/06/2020. Publicado em 04/06/2020

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas** São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito e políticas públicas: método e aplicações**. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas.** In: *Judicialização da saúde : a visão do poder executivo*[S.l: s.n.], 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 23ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A „**execução negociada**“ de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, v. 37, n. 212, p. 25–56, out., 2012. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2012;1000952463>. Acesso em: 7 set. 2021.

COUTINHO, Diogo R. **O direito nas políticas públicas.** In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (org.). *A política pública como campo multidisciplinar.* São Paulo: UNESP, 2013. p. 181-200. Disponível em: <https://bit.ly/31UwqA3>. Acesso em: 15 set. 2021

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro.** *Revista de Processo*, São Paulo, v. 303, 2020.]

DE OLIVEIRA, Vanessa Elias; DA SILVA, Mariana Pereira; MARCHETTI, Vitor. *Judiciário e Políticas Públicas: O caso das vagas em creche na cidade de São Paulo.* *Educ. Soc. Campinas*, v.39, nº 144, p. 652-670, jul-set,2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Notas sobre as decisões estruturantes.** In: ARENHART, Sérgio Cruz et al., *Processos estruturais.* Salvador, Juspodivm, 2019

DUARTE, Ricardo Cesar. **A utilização de audiências públicas no Judiciário: o caso da efetivação das políticas públicas de saúde.** 2016. 102f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural.**

Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015.

FERRARESI, Eurico. **Ação Popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo,**

2009.

FISS, Owen. As formas de Justiça. In: COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo;

GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público.** Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 119-173.

FISS, Owen. **Two models of adjudication.** In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo

Ferreira (Coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008

FURTADO, Celso. **Auto-retrato intelectual.** São Paulo : Ática, 1983. (Grandes cientistas sociais, v. 33)

GIANNINI, Massimo Severo. **El poder publico : estados y administraciones publicas.**

Traduzido do original italiano por Luis Ortega. Madrid: Civitas, 1991.

GOHN, Maria da Glória. **Educação não-formal, participação da sociedade civil e estruturas colegiadas nas escolas.** Ensaio: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v.14, n.50, p. 27-38, jan./mar. 2006.

Gomide, A. & Pires, R., 2014. **Capacidades Estatais e Democracia: arranjos institucionais de políticas públicas** Brasília: Ipea.

GOTTI, A.; XIMENES, S. B. (2018). **Proposta de litígio estrutural para solucionar o déficit de vagas em educação infantil.** In: Nina Beatriz Stocco Ranieri; Angela Limongi Alvarenga Alves. (Org.). Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar 1ed. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/ Universidade de São Paulo (USP), v. 1, p. 365-399.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada.** Revista Forense, 301, p. 3-12.

GUIMARÃES, Livia Gil. **Participação Social no STF: repensando o papel das audiências públicas.** Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 236-271, 2020.

LOTTA, G.; FAVARETO, A. **Desafios da integração nos novos arranjos institucionais de políticas públicas no Brasil.** Revista de Sociologia e Política, v. 24, n. 57, p. 49–65, 2016

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** 2008. Tese de Doutorado – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. **A institucionalização da ética no espaço procedimental discursivo: um estudo das audiências públicas no STF.** (Tese) Universidade Federal da Bahia: Salvador, 2015. Disponível em: . Acesso em: 15 jun. 2021.

OLIVEIRA, V.E.; MARCHETTI, V. **O Judiciário e o controle sobre as Políticas Públicas: a judicialização da educação no município de São Paulo.** In: ASSOCIAÇÃO DE PÓSGRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 37., 2013. Anais... Caxambu: ANPOCS, 2013.

OSTROM, Elinor. **Institutional rational choice: an assessment of the institutional analysis and development framework.** In: SABATIER, Paul (org.). Theories of the policy process. Colorado: Westview Press, 2007

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n.4, p. 13-44, jul./dez. 2008. Disponível em: Acesso em: 4 set. 2021

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão.** Revista Juris Poiesis, n. 17, 2014, p. 343- 359.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas. Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos.** São Paulo: Cengage Learning, 2012.

TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. **Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB.** In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019

VESTENA, Carolina Alves. **Participação ou Formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro.** Dissertação de mestrado apresentada na Escola de Direito do Rio de Janeiro (FGV), 2010.

VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças.** In: Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, vol. 284, p. 333-369

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: teoria e prática.** Salvador: JusPodivm, 2020.

YOUNG, Iris Marion. **“Representação política, identidade e minorias”.** Inclusion and democracy, 2000, capítulo 4, tradução em revista Lua Nova., n 67.

ZANETTE, Eduardo Netto. **Um estudo sobre a recuperação ambiental de áreas degradadas na mineração do carvão em Santa Catarina com ênfase na Ação Civil Pública nº 93.80.00533-4.** Dissertação apresentada na Universidade Federal do Paraná, 2016.