Universidade Federal de Ouro Preto
Escola de Direito, Turismo e Museologia
Programa de Pós-Graduação em Direito

Samuel Paiva Cota

Do Pedido e da Participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais

Ouro Preto/MG
2019

C843d Cota, Samuel Paiva.
Do Pedido e da Participação [manuscrito]: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais / Samuel Paiva Cota. - 2019.
167f.:

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Ouro Preto. Escola de Direito, Turismo e Museologia. Departamento de Direito. Programa de Pós-Graduação Novos Direitos, Novos Sujeitos.
Área de Concentração: Novos Direitos, Novos Sujeitos.

1. Litígios estruturais. 2. Processos estruturais. 3. Participação. 4. Pedido. 5. Modelo constitucional democrático de processo. I. Silva Nunes, Leonardo. II. Universidade Federal de Ouro Preto. III. Titulo.

CDU: 34

Catalogação: www.sisbin.ufop.br

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
Universidade Federal de Ouro Preto
Escola de Direito, Turismo e Museologia
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFOP
Universidade Federal de Ouro Preto

"Do Pedido e da Participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais"

Autor: Samuel Paiva Cota

Dissertação defendida e aprovada em 18 de março de 2019 pela comissão examinadora composta pelos professores:

Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes
Universidade Federal de Ouro Preto
(Orientador)

Prof. Dr Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia
Universidade Federal de Ouro Preto

Prof. Dr Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná

Samuel Paiva Cota

Do Pedido e da Participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, linha de pesquisa I "Diversidade Cultural, Novos Sujeitos e Novos Sistemas de Justiça".

Área de concentração: Novos Direitos, Novos Sujeitos

Orientador: Prof.° Dr. Leonardo Silva Nunes

Ouro Preto/MG

2019

Agradecimentos

Inicialmente, ao meu orientador, Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes. Não é pouco pelo que sou grato. Já bastariam a inspiração e o exemplo de seriedade e brilhantismo acadêmicos, mas, igualmente, pela autonomia conferida, pela confiança depositada e pela paciência constante. Ainda, pela orientação e pelo esforço constante de se fazer presente e nos fazer ativos, com a sugestão de aprofundar o estudo do processo estrutural, como também por me fazer acreditar que é possível um outro processo.

Tampouco poderia deixar de citar e agradecer os demais membros da banca, Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart e Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, por terem, apesar de todos os compromissos, aceitado participar da avaliação deste trabalho e contribuir para o desenvolvimento da pesquisa. Também, não de forma menos importante, poderia deixar de agradecer aos professores suplentes, Carlos Magno de Souza Paiva e Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, por terem aceitado o convite.

Ainda no campo docente, a todos os demais professores que participaram da minha formação no curso de Mestrado da UFOP, em especial o Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes, a Prof.ª Dra. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais, a Prof.ª Dra. Margareth Diniz e, novamente, o Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia.

A todos os servidores do PPGD da UFOP e aos funcionários da biblioteca da UFOP.

De forma especial, aos servidores da 2ª Vara Cível da Comarca de Ouro Preto, na pessoa da escrivã Maria Cristina de Araújo Fernandes, e aos servidores da biblioteca do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pela disponibilidade e auxílio no acesso aos processos e no envio dos artigos.

A todos que custeiam o ensino público. Espero que este estudo possa, em alguma medida, representar uma parte de minha retribuição à sociedade brasileira.

Aos amigos da pós-graduação pelos momentos de estudo, de incentivo, de conversas informais e de apoio durante o percorrer de toda esta caminhada, do começo ao fim, até os últimos minutos. Em especial, à minha parceira de pesquisa, Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria, por se fazer presente e se mostrar sempre sensata na defesa de seus ideais.

Aos amigos que me acompanham desde o ensino médio e a graduação na UFOP, pelo apoio e compreensão e por não esquecerem a minha existência, mesmo que não raras as ausências.

Por fim, e certamente não menos importante, à minha família, a Deus e à minha namorada, Melissa, pelas bençãos concedidas, pela oportunidade de estar na 1ª Turma do

PPGD do Mestrado em Direito da UFOP, pelo suporte, por todos os sacrifícios já realizados para que eu pudesse chegar até aqui e concluir esta etapa e pelo carinho e enorme paciência durante esses dois anos de muito trabalho e de muita alegria.

"Fazer teoria é muito mais fácil do que fazer
de uma teoria uma coisa praticável."

António Manuel Hespanha

Lista de Abreviaturas e Siglas

ACP..... Ação Civil Pública

ADI..... Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF..... Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CPC..... Código de Processo Civil

CPC/1973..... Código de Processo Civil de 1973

CRB..... Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

MPF..... Ministério Público Federal

STF..... Supremo Tribunal Federal

STJ..... Superior Tribunal de Justiça

TAC..... Termo de Ajustamento de Conduta

TTAC.....Termo de Transação e Ajustamento de Conduta

TAP..... Termo de Ajustamento Preliminar

TRF1..... Tribunal Regional Federal 1ª Região

Resumo

Atualmente, uma nova tipologia de litígios está em voga no Direito brasileiro, os litígios de caráter estrutural, já presentes e debatidos, em especial, nos Estados Unidos, a partir do julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. Tais litígios se diferem, e muito, dos conflitos de natureza individual, bipolar, possuindo características que lhes são peculiares e que demandam uma forma de tutela processual diferenciada e mais adequada a essa nova realidade. Esse novo modelo processual, chamado processo estrutural, demanda a revisitação da estrutura processual clássica, com a fixação de seus pressupostos e fundamentos, o que acaba por repercutir nos demais institutos do processo civil. Constrói-se, portanto, um verdadeiro caminho dos litígios estruturais aos processos estruturais, com a preocupação de delinear os escopos dessa nova forma de tutela, mais adequada ao tratamento de litígios altamente complexos e polimorfos, que demandam, em caráter prospectivo, a eliminação de uma violação estrutural de direitos. Especificamente diante dessa nova tipologia de litígios é que se propõem a análise crítica e a revisitação do instituto processual do pedido e da participação, da forma como se desenvolvem no Direito Processual brasileiro, seja na seara individual ou coletiva. A revisitação proposta visa a duas consequências primordiais: o fomento à participação potenciada dos titulares do direito material violado, dando-lhes voz e garantindo-lhes uma representação adequada e a quebra da rigidez preclusiva do instituto do pedido, tudo em prol da efetividade e da tutela adequada dos direitos. Traçando-se esse quadro, a partir do modelo constitucional democrático de processo e do processo estrutural, analisar-se a aplicação do proposto a partir de três casos emblemáticos da região dos Inconfidentes: o caso da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto, do desastre de Mariana/MG e do Carnaval.

Palavras-chaves: Litígios estruturais; Processos estruturais; Participação; Pedido; Modelo constitucional democrático de processo.

Abstract

Currently, a new typology of litigation is in vogue in Brazilian law, the litigation of structural nature, already present and debated especially in the United States, initiated from the adjudication of the case *Brown v. Board of Education of Topeka*. These disputes differ greatly from conflicts of individual or bipolar nature, due to their peculiar characteristics which require a form of differentiated procedural, being more adequate to this new reality. This new procedural model, termed the structural process, demands revisiting the classic procedural structure, with the establishment of its procedural presuppositions and foundations, which ends up being reflected in other institutes of the civil procedure. Therefore, a real path of structural litigation towards structural processes is built up, with the aim of delineating the scopes of this new form of tutelage, more appropriate to the treatment of highly complex and polymorphic litigation. These would demand prospective elimination of a structural violation of rights. Specifically, in view of this new typology of litigation, it is proposed a critical analysis and the revision of the procedural institute of the application and participation, in the manner those are developed in Brazilian procedural law, whether individually or collectively. The proposed revision aims at two main consequences: promoting the increased participation of the right-holders in the violated material right, giving them voice and guaranteeing them adequate representation and breaking the preclusive rigidity of the request institute, all favouring effectiveness and adequate protection of rights. From the constitutional democratic model of process and theory of the structural process, we intended to analyse the application of the proposal from three emblematic cases of the Inconfidentes region: the case of *Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto*, the environmental disaster in Mariana/MG and the Carnival.

Keywords: Structural disputes; Structural injunctions; Participation; Request; Constitutional democratic process model.

Sumário

1. Considerações iniciais 11

2. Um Breve Diagnóstico do Processo Civil Brasileiro sob a Ótica do Processo Estrutural 14

2.1 O constitucionalismo: a era do Poder Judiciário? 15

2.2 "Novos" direitos e "Novos" sujeitos 17

2.3 Tutela jurisdicional dos novos direitos e sujeitos 19

2.4 O modelo constitucional democrático de processo 22

2.5 O poder da consensualidade e o acesso à justiça: meios adequados de solução de conflito e negócios jurídicos processuais 27

2.6 O processo coletivo no Direito brasileiro 30

2.7 Os problemas enfrentados no tratamento de litígios estruturais 34

2.7.1 A matriz processual individual bipolar 35

2.7.2 Ativismo judicial 38

3. Dos litígios aos Processos Estruturais 41

3.1 Os litígios de interesse público 42

3.2 Litígios estruturais 44

3.2.1 Nomenclatura 46

3.2.2 Características 47

3.2.2.1 Causalidade complexa 48

3.2.2.2 Policentria 50

3.2.2.3 Violações sistêmicas de direitos 52

3.2.2.4 Prospectividade 54

3.3 Casos focalizados pela literatura: as experiências estadunidense e argentina 56

3.3.1 O caso *Brown v. Board of Education of Topeka* 56

3.3.2 O caso *Mendoza* 60

3.4 Processo estrutural 64

3.4.1 A questão da competência 66

3.4.2 Demora? Insucesso? Falhas? 68

3.4.3 O experimentalismo *versus* o comando-controle 70

3.4.4 Dos pressupostos e fundamentos do processo estrutural: uma estruturação da teoria 72

3.4.4.1 Pressupostos do processo estrutural 72

3.4.4.1.1 Causa de pedir e pedidos dinâmicos 74

3.4.4.1.2 Participação potenciada 75

3.4.4.1.3 Geração de decisões prospectivas 77
3.4.4.1.4 A postura ativa do juiz 78
3.4.4.1.5 O respeito às bases do processo estrutural 79
3.4.4.2 Fundamentos do processo estrutural 81
3.4.4.2.1 O princípio democrático e o princípio do contraditório 82
3.4.4.2.2 A máxima amplitude da tutela jurisdicional e a harmonização dos valores em jogo 85
3.4.4.2.3 A solução consensual dos conflitos e a atipicidade dos meios executórios 87
4. Interações dos Litígios Estruturais com o Regime Processual Civil: a Participação e o Instituto do Pedido 90
4.1 A participação no Direito brasileiro: um quadro crítico 90
4.2 A participação no processo estrutural: uma necessária transformação. 95
4.2.1 Participação essencial e instrumental: a busca pelo equilíbrio 96
4.2.2 Town meeting: a transformação do Poder Judiciário 98
4.2.3 A representação adequada: o que o modelo norte-americano oferece? 101
4.2.4 Mecanismos de participação: as "novas" e "velhas" técnicas de participação 105
4.2.4.1 Os "velhos" mecanismos de promoção da participação 106
4.2.4.2 Os "novos" mecanismos de promoção da participação 111
4.3 O instituto processual do pedido 115
4.3.1 A clássica concepção do pedido: as regras processuais no modelo bipolar 115
4.3.1.1 Certeza e determinação do pedido 117
4.3.1.2 O aditamento do pedido 119
4.3.1.3 O princípio da adstrição/correlação entre o pedido e a sentença 120
4.3.2 O instituto do pedido no processo estrutural 121
4.3.2.1 Uma nova realidade? 122
4.3.2.2 A flexibilização do instituto processual do pedido: as propostas e suas bases 125
4.3.2.3 O modelo constitucional democrático de processo: uma limitação à flexibilização 134
5. O Delineamento de Três Casos Práticos na Perspectiva dos Processos Estruturais .. 135
5.1 A intervenção judicial da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto: um litígio individual com características de litígio estrutural 136
5.1.1 As origens do litígio 136
5.1.2 O tratamento deficitário do litígio na ótica tradicional: as mudanças que poderiam ser implementadas à luz do processo estrutural 138
5.2 O rompimento da barragem de Fundão: os litígios supervenientes ao desastre ocorrido em Mariana/MG 146
5.2.1 Os pedidos da Ação Civil Pública n° 0023863-07.2016.4.01.3800 146

5.2.2 Os acordos firmados: um novo enfoque na participação 149
5.3 O caso do Carnaval de Ouro Preto: a transformação de uma realidade histórica e complexa 152
6. Considerações Finais 157
Referências Bibliográficas 159

1. Considerações iniciais

A inquietação que norteia esta pesquisa está justamente em como delinear as bases de uma tutela jurisdicional própria para uma determinada tipologia de litígios, de matriz estrutural, e conciliá-los com a realidade processual clássica brasileira e a teoria do processo estrutural.[1] Esses litígios, marcados pela complexidade, multipolaridade, existência de uma violação sistêmica de direitos fundamentais ou de valores caros à sociedade e anseio de uma reforma na estrutura burocrática de um ente ou organização privada ou estatal, não podem ser tratados sob a ótica processual bipolar que permeia o processo civil brasileiro quando levados ao Poder Judiciário.

A forma de adjudicação de direitos vislumbrada é outra; não apenas de mera solução de controvérsias, aqui também presente. Tem-se por foco uma reforma estrutural, com a atribuição de significado a valores constitucionais, para operacionalizar organizações e eliminar ameaças a esses valores, reconstruindo burocracias, a partir de medidas estruturais. Esse litígio de caráter estrutural aproxima-se muito da realidade vivenciada no Direito brasileiro contemporâneo, com uma imbricação direta com o Direito Constitucional e com o processo coletivo.

Os temas que frequentemente compõem essa nova tipologia de litígios, de caráter estrutural, como, "Educação", "Saúde", "Meio ambiente" e "Segurança pública", são analisados sob outra perspectiva, inserindo-se diretamente na perspectiva do Programa de Pós-Graduação em Direito, nível de Mestrado, da Universidade Federal de Ouro Preto ("Novos Direitos, Novos Sujeitos") e encontrando campo fértil para estudo e aprofundamento. A perspectiva adotada é ampla e parte da análise do universo das *structural injunctions*, especialmente a partir dos estudos de Owen Fiss[2], e de sua aplicabilidade no Direito brasileiro, explorando-se casos emblemáticos, como o *Brown v. Board of Education of Topeka*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, e o *Mendoza*, julgado pela Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina, para elucidar e traçar algumas linhas sobre essa "nova" teoria para o Direito brasileiro. Não obstante, o intento não é o de simplesmente

[1] O processo estrutural, em que pese a todas as discussões doutrinárias atuais e ao estágio embrionário de desenvolvimento até aqui alcançado no Direito brasileiro, muito devido às contribuições da doutrina norte-americana, já possui, de forma incipiente, uma teoria delineada e com suas bases em construção. Diante desse cenário, cabe ao pesquisador o desafio de contribuir para seu desenvolvimento. Para tanto, revela-se de grande valia a leitura do seguinte artigo. JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 449-466.

[2] FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

estudar decisões que possam ser consideradas estruturais, mas pensar o processo de matriz estrutural, decompondo-o analiticamente. Litígios com características peculiares necessitam de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, passível de ser construída no Direito brasileiro, a partir das experiências aqui vividas e da importação da teoria das *structural injunctions*.

Para bem delinear essa nova tipologia de litígio, foi preciso identificar, de forma propositiva, os pressupostos e fundamentos do processo estrutural. Para desenvolver qualquer modelo processual novo, é essencial traçar suas linhas mestras, aproximando-as do Direito Processual vigente. Naturalmente, semelhanças e diferenças se evidenciam, mas a formação e o desenvolvimento de um método processual próprio, mesmo que ainda incipiente, somente se viabilizam pelo destaque de seus caracteres.

Durante o desenvolvimento da pesquisa, percebeu-se que o processo estrutural tende a apresentar pressupostos e fundamentos próprios. Seriam seus pressupostos: a causa de pedir e pedido dinâmicos; a participação potenciada; a geração de decisões prospectivas; o papel ativo do juiz; e o respeito às bases do processo estrutural. Por sua vez, identificam-se os seguintes fundamentos: o princípio democrático; o contraditório; a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva; a harmonização dos valores em jogo; o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana; a atipicidade dos meios executivos; e a solução consensual dos conflitos.

Não se parte da indispensabilidade de uma alteração legislativa para se ter uma nova metodologia processual. O que se busca é desenvolver uma nova metodologia de processo, de matriz estrutural, capaz de responder às necessidades dos litígios estruturais, a partir de uma perspectiva pragmática. Para abarcar situações concretas que exigem uma (re)construção constante, é inviável o emprego de um procedimento preestabelecido ou de técnicas processuais pensadas para outros tipos de litígio.

Traçar essas linhas gerais possibilita o enfrentamento de problemas tão em voga atualmente, como, rigidez procedimental, ativismo judicial, representação e participação dos titulares do direito material violado, que dificultam, sobremaneira, a tutela de direitos pelo Poder Judiciário. Há um verdadeiro hiato entre o processo e o Direito em jogo, sendo esta a hora de modificar tal realidade. O processo deve se adequar às necessidades do Direito, e não o inverso, cabendo o desenvolvimento de mecanismos processuais aptos a proporcionar essa mudança.

Não se partiu do zero para se construir este estudo e não se podem descartar os avanços já experimentados no Direito brasileiro nos últimos trinta anos, com a promulgação da CRB/88 e o desenvolvimento de toda a teoria do processo coletivo, tão caros ao atual

estágio de desenvolvimento da tutela de direitos. A partir da conjugação desses avanços com a teoria do processo estrutural, intenta-se desenvolver uma nova realidade processual para o tratamento do pedido e a participação. A revisitação dos referidos elementos é aqui proposta como uma tentativa de flexibilizar sua rigidez procedimental e de modificar a estrutura de representação e participação dentro da lógica processual.

O modelo constitucional de processo é dialógico, aberto, participativo e promotor do devido processo legal, o que, invariavelmente, repercute em institutos clássicos do processo civil. Por isso, o primeiro passo consistiu em analisar e compreender a forma como o instituto do pedido e a participação foram delineados sob a ótica dos processos individual e coletivo, sua clássica construção e as regras aplicáveis. Em seguida, passou-se a investigá-los sob a ótica do processo estrutural.

Repensar a participação e a representação dos interesses dos titulares do direito material violado, algo difícil sob o ponto de vista do processo tradicional, revela-se desafiador e demanda a proposição de formas de concretização. Não se está propondo apenas a criação de mecanismos de participação, mas também seu aperfeiçoamento, pela modificação da forma como ela é facultada (e viabilizada) ao longo do processo.

O Poder Judiciário deve se transformar em mais um *locus* de discussão, de formação de consenso e de alinhamento de perspectivas diversas, mediante a conjunção de posições, muitas vezes, antagônicas. Tudo isso com o intuito de promover uma reforma estrutural da burocracia de um ente ou organização e de permitir o julgamento de casos extremamente complexos.

O aprofundamento dos estudos acerca da flexibilização se revela necessário, no intento de desenvolver uma temática que não é nova e que deverá observar determinados limites, marcados pelo modelo constitucional de processo. Pensar no pedido de forma rígida, com força em regras como a da certeza e a da determinação, não é factível no âmbito de uma realidade processual altamente complexa e mutável. Isso termina por demandar a reformulação de suas bases e a permissão para a formulação de pedidos incertos e genéricos e seu acertamento durante a tramitação processual. Essa é apenas uma das temáticas desenvolvidas.

Observe-se que não se está descartando todo o percurso histórico de desenvolvimento desses institutos processuais, mas apenas se visa a uma adequação deles a uma realidade totalmente diversa, que demanda a remodelação das bases do processo civil clássico, o que acaba por impactar diretamente os institutos que dela derivam.

Esta pesquisa se volta para traçar o caminho dos litígios aos processos estruturais, com foco no instituto do pedido e na participação. Investiga-se, aqui, uma nova forma de tutela de direitos, como uma tentativa de revisitar institutos tradicionais do processo civil brasileiro, preocupando-se em propor soluções aptas a buscarem o desocultamento e a defesa dos verdadeiros titulares dos direitos lesados ou ameaçados, invisibilizados, seja em razão das regras de legitimação processual, seja, mesmo, porque o modelo processual instituído inviabiliza a participação direta e efetiva dos interessados.

Como forma de demonstrar a aplicabilidade das propostas aqui delineadas e defendidas, faz-se uma análise do tratamento da participação e do instituto do pedido em três casos emblemáticos, ocorridos na Região dos Inconfidentes: o da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto; o da tragédia de Mariana/MG; e o do Carnaval.[3] Estes três casos, já encerrados ou em andamento, possuem peculiaridades próprias e estão todos inseridos na sistemática processual clássica do Direito brasileiro. Investiga-se o tratamento desses institutos processuais pela ótica processual clássica, com a realização de uma nova análise, em perspectiva, pela lente do processo estrutural, criando-se um efeito comparativo e elucidativo das diferenças e das potencialidades da aplicação do método do processo estrutural.

2. Um Breve Diagnóstico do Processo Civil Brasileiro sob a Ótica do Processo Estrutural

O processo civil brasileiro se diferencia do processo civil norte-americano, berço da doutrina das *structural injunctions* (medidas estruturais), possuindo toda uma construção constitucional e uma tutela jurisdicional própria, com o desenvolvimento do arquétipo de processo bipolar, muito afeito aos litígios envolvendo direitos individuais ou coletivos.

Essa tipologia processual própria merece ser investigada em especial, as ligações que o modelo constitucional de processo adotado possui com as medidas estruturais. O foco aqui está voltado para a compreensão da forma como se desenvolvem atualmente a efetividade, a adequação e a instrumentalidade da tutela jurisdicional na defesa dos novos direitos e dos novos sujeitos, partindo da Constituição Federal de 1988.

Investigam-se, ainda, dois caracteres presentes no sistema processual brasileiro, quais sejam, a bipolaridade e o ativismo judicial. Em seguida, examinam-se determinadas inovações processuais, tais como os negócios processuais e os métodos adequados de solução

[3] Estes casos estão elencados nessa ordem por uma escolha pessoal e de acordo com a sequência em que foram abordados durante o presente texto, estando diretamente relacionada à relevância destes casos para a presente pesquisa, sem desconsiderar as particularidades e a relevância em nível nacional de cada um destes casos.

de controvérsias, com o ideário de fornecer uma base para a compreensão do processo estrutural e das reformulações propostas. Dessa forma, é importante traçar breve diagnóstico do processo civil brasileiro, o que faz a partir das perspectivas anunciadas.

2.1 O constitucionalismo: a era do Poder Judiciário?

Transformações históricas e sociais repercutiram diretamente nas esferas jurídica e política no mundo pós-2ª Guerra Mundial, principalmente com o fenômeno da constitucionalização de direitos em sociedades ocidentais, em clara reação aos períodos autoritários que existiram durante o século XX, conforme explica Susana Henriques da Costa:

> A discussão acerca da jurisdicionalização dos direitos relaciona-se de forma intrínseca aos movimentos de constitucionalização dos direitos sociais nas sociedades ocidentais. A constitucionalização dos direitos fundamentais é fenômeno geralmente apontado como reação aos períodos autoritários que existiram durante o século XX ao redor do mundo, que se viabilizaram em um modelo positivista, que não permitia questionamentos sobre o conteúdo substancial das normas jurídicas. Nesse sentido, uma vez positivados na Constituição, os direitos fundamentais se tornam estrutura básica do Estado e da sociedade. Transformam-se, portanto, em elementos limitadores da ação estatal que, para ser legítima, deve refletir e se harmonizar com os valores jurídicos e políticos constitucionalmente reconhecidos.[4]

Esse fenômeno da constitucionalização de direitos, em especial os chamados direitos sociais, alavancados à condição de direitos fundamentais, modificou sensivelmente a atuação estatal. Os direitos fundamentais passaram a formar a estrutura básica da sociedade, sendo elementos limitadores da ação estatal. Esta somente se legitima pelo seu conteúdo e pela sua correspondência com o modelo axiológico constitucional. Ou seja, há uma inversão do raciocínio protetivo do Estado, que tem o dever de proteger direitos, exigíveis pela via judicial.[5]

O Direito brasileiro, como não poderia deixar de ser, experimentou essas transformações, em especial, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CRB/88), que, em seus trinta anos, provocou várias revoluções no Direito brasileiro do ponto de vista

---

[4] COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. *In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 398-399.

[5] "O constitucionalismo se origina nos Estados Unidos, com a ideia do Rule of Law, que implica na preservação de determinadas regras jurídicas fundamentais, limitadoras do poder estatal. Daí, o constitucionalismo adquire uma posição mais robusta, em que o governo, além de se encontrar limitado, assim está a partir de normas jurídico-constitucionais, requerendo em geral um texto escrito, ainda que tal requisito não seja absolutamente necessário. A Constituição expressa não apenas um ser, mas também um dever-ser e, para isso, é protegida por processos complexos de modificação. E, por ser a constituição norma, seus princípios devem ser aplicados de maneira a comprometer todas as demais espécies normativas, especialmente através da interpretação que fazem os órgãos públicos legais e o próprio povo" (CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Mi.guel G. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. Revista de Direito GV. São Paulo, jan-jun 2010, p. 166).

normativo-estrutural. Esse fenômeno de constitucionalização de direitos modificou completamente a forma como dispositivos constitucionais passaram a ser tratados pelos jurisdicionados e pelo Judiciário, entre outros.[6]

A Constituição, o centro do ordenamento jurídico, revela-se viva, como um projeto constante de inclusão de novos direitos e de novos sujeitos de direitos, impondo constantes desafios, o que reverbera em outros ramos do Direito, como o Processual, e na redefinição do papel das instituições, como o Poder Judiciário.

A CRB/88 estabelece que o poder está dividido entre três ramos autônomos e harmônicos: Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 2° da CRB/88). Essa divisão, porém, não é absoluta. Os agentes dos poderes constituídos interagem entre si, muito em razão da sistemática dos freios e contrapesos e da garantia constitucional de que estes não podem ser modificados ou abolidos, nem mesmo por emenda constitucional (art. 60, §4°, III, da CRB/88).

O Poder Judiciário foi alçado a uma posição de primeira grandeza, passando a ser configurado como um agente político, cuja função é exercer o controle da constitucionalidade e resguardar direitos, o respeito ao ordenamento jurídico e o controle das ações dos demais poderes, em clara ampliação de sua área de atuação.

Essa instituição unitária, independente e inerte acabou por assumir um papel que não lhe era próprio. Em especial, o Poder Judiciário passou a exercer o controle contramajoritário de defesa de minorias alijadas dos processos políticos, com a importante função de transformar a realidade social, mediante a implementação dos direitos previstos na CRB/88, em decisões de caráter eminentemente político.[7]

Maria Tereza Sadek[8], assim define a transformação de identidade do Poder Judiciário com a CRB/88 e o seu papel atual de primeira grandeza:

> O desenho institucional presidencialista determinado pela Constituição de 1988 conferiu estatuto de poder ao Judiciário. Sua identidade foi alterada. De aplicador das leis e dos códigos, o Judiciário foi configurado como agente político, cabendo-

---

[6] "Sob esta inspiração, a CRB/1988 cuidou não apenas da declaração, mas também da efetivação dos direitos, consagrando expressamente o amplo e irrestrito acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), conferindo dignidade constitucional a um vasto rol de ações constitucionais, individuais e coletivas (tais como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular, a ação civil pública, a ação de impugnação de mandato eletivo) e, ainda, determinando a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1°)" (NUNES, Leonardo Silva. *Mandado de Segurança Coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, p. 121).

[7] CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Vol. 88. dez/2003.

[8] SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo (coord.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 15.

> lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo.
> Ademais, a constitucionalização de ampla gama de direitos individuais e supraindividuais, além da ampliação da relação de matérias que não podem ser objeto de decisão política, alargou enormemente sua área de atuação. Em decorrência, o Judiciário – como intérprete da Constituição e das leis, imbuído da responsabilidade de resguardar os direitos e de assegurar o respeito ao ordenamento jurídico – foi alçado a uma posição de primeira grandeza.

Dessa forma, o fenômeno da constitucionalização de direitos relaciona-se de forma intrínseca com a jurisdicionalização dos direitos, algo tão recorrente na atualidade. Observa-se como esse fenômeno repercute de forma direta na sociedade, reestruturando o papel do Poder Judiciário, mais ativo no controle de políticas públicas, no controle da constitucionalidade das leis e de atos do Poder Executivo e no dever de assegurar a proteção adequada e efetiva de direitos fundamentais e de valores constitucionais, tão caros à sociedade.

2.2 "Novos" direitos e "Novos" sujeitos

A temática da pesquisa vincula-se à base principiológica e conceitual do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto. Esta proposta, vanguardista e de elevado grau de importância, encontra lugar no cenário atual de debate sobre os novos direitos e os novos sujeitos, sendo que o objetivo aqui traçado é o de delinear o processo estrutural, mecanismo apto a viabilizar proteção a sujeitos de direitos frequentemente invisibilizados, que não atuam como partícipes do processo. Contudo, antes de se chegar a esse ponto, cumpre delimitar o que se compreende por "novos direitos" e "novos sujeitos".

Na busca por entender o que sejam novos direitos, sempre é lembrada aquela conhecida e muito citada evolução histórica apresentada por Norberto Bobbio das chamadas "gerações de direitos".[9] As considerações apresentadas por Bobbio, mesmo que não totalmente adequadas, evidenciam certa evolução histórica e sucessiva dos direitos em gerações, bem presentes nos direitos de 1ª e de 2ª geração, o que facilita a compreensão da condição de sujeito de direito e cidadão.

Essa evolução histórica, que representa etapas de rompimento de conceitos sociais, políticos e jurídicos, não ajuda a compreender de forma efetiva o que sejam os novos direitos vigentes na atualidade, porque estes não podem ser vistos na forma de gerações,

[9] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

considerando a velocidade e a intensidade com que surgem, sendo impossível compartimentalizá-los em momentos históricos estanques.

Tal problematização permite transpor a concepção de que em cada época há direitos absolutos e direitos específicos, impondo-se a ideia de direitos relativos, que nascem em qualquer momento enquanto necessidades ou exigências valorativas da sociedade. A realidade contemporânea tem viabilizado constantemente "novos" direitos de natureza individual, social e transindividuais.

Paulo de Tarso Brandão, em tese de doutorado, traça esse cenário e faz as críticas pontuais a essa teoria:

> Tem também importância observar que as gerações de direitos terminam por induzir o errôneo entendimento de que a evolução se dá sempre no sentido da coletivização do exercício dos direitos, o que não corresponde à realidade, posto que, se efetivamente existe uma nova ordem conflitiva que faz nascerem direitos que somente se manifestam - no sentido de que são exercitáveis - de forma coletiva, o espaço dos direitos de cunho individual continuam a existir plenamente, evoluem e até se ampliam, como ocorreu com a tutela da intimidade, lembrada acima de forma meramente exemplificativa. Ainda, a estruturação dos direitos em geração também não ajuda a compreender os "novos" direitos em razão de ser uma classificação que se toma confusa a partir especialmente da enunciação dos direitos de quarta e quinta gerações, uma vez que estes contemplam direitos que se inserem entre os direitos tipicamente individuais, sociais e transindividuais. [10]

Wolkmer complementa essa ideia, pontuando que esses novos direitos são exigências contínuas e particulares da coletividade. Muitas vezes, eles não são "novos", mas o meio de obtê-los e de defendê-los não passa pelas vias tradicionais do Direito.

> Claro está, portanto, que o surgimento e a existência dos "novos" direitos são exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante das novas condições de vida e das crescentes prioridades impostas socialmente. Ainda que os chamados "novos" direitos nem sempre sejam inteiramente "novos", na verdade, por vezes, o "novo" é o modo de obter direitos que não passam mais pelas vias tradicionais – legislativa e judicial –, mas provem de um processo de lutas especificas e conquista das identidades coletivas plurais para serem reconhecidos pelo Estado ou pela ordem pública constituída. Assim, a conceituação de "novos" direitos deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) que emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabam se instituindo formalmente. [11]

Nesse sentido, esses "novos" direitos, legitimados por meio de lutas sociais específicas, da conquista de reconhecimento pelo Estado ou pela ordem pública instituída, estão longe de estar rigidamente estabelecidos ou sancionados por procedimentos técnico-

---

[10] BRANDÃO, Paulo de Tarso. A tutela judicial dos "novos" direitos: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania. 2000. (Tese de Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, p. 124.

[11] WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos "Novos" Direitos. In: (orgs). Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 137-138. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593.

formais, sendo esta uma das maiores dificuldades. Por serem altamente mutáveis, concebidos pelas condições de vida e exigências da comunidade, estes direitos somente se efetivam se conquistados.

Umbilicalmente ligado a esses novos direitos, em todo o processo histórico de criação ininterrupta dos "novos" direitos, há uma afirmação permanente das necessidades humanas específicas e da legitimidade de ação dos novos atores sociais, novos sujeitos. Estes "novos" sujeitos, da mesma forma, não se apresentam como sujeitos de direitos "novos", que surgem em determinado momento da história, mas, na maioria das vezes, como sujeitos invisibilizados, não reconhecidos, deslegitimados perante a ordem social vigente.

A partir de mudanças sociais e históricas relevantes, tornam-se capazes de implementar práticas diversificadas de relação entre indivíduos, grupos e natureza, partindo para a luta pelo reconhecimento de novos direitos, o que revela uma verdadeira simbiose entre os novos sujeitos e os novos direitos.

Traçado o panorama da temática, necessário ao delineamento da pesquisa, que tem por escopo tratar da tutela jurisdicional desses novos direitos e da proteção aos novos sujeitos, é importante ressaltar que a preocupação com a tutela desses direitos e sujeitos está voltada muito mais ao viés de praticidade e de reconhecimento pela via jurisdicional do que, propriamente, com a fundamentação ou definição teórica.

2.3 Tutela jurisdicional dos novos direitos e sujeitos

O reconhecimento de novos direitos e de novos sujeitos pela via jurisdicional depende muito de uma total transformação e da transposição do modelo jurídico individualista e formal que domina o Direito brasileiro. É necessário adequar conceitos, institutos e instrumentos processuais, no sentido de contemplar, garantir e materializar esses novos direitos e sujeitos.

No mesmo sentido, entende Roxana Borges[12], para quem urge criar e incorporar novas concepções de Direito que se pautem pela ampliação "*de direitos individuais para a categoria de direitos coletivos* lato sensu *(...)*", própria das sociedades de massas, mediante

[12] BORGES, Roxana Cardoso B. Processo, ação civil pública e defesa do meio ambiente: os direitos difusos em busca de uma concepção não-individualista de tutela e ampla legitimidade. *In*: LEITE, Jose R. Morato (Org.). Inovações em direito ambiental. Florianópolis: Fundação Jose A. Boiteux, 2000, p. 158*apud* WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos "Novos" Direitos. *In*: (orgs). Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

uma reordenação do sistema jurídico que permita a transformação do modelo processual predominante.

Como se verá adiante, especificamente no que tange ao processo coletivo, já foram desenvolvidas diversas formas de tutela diferenciadas de direitos[13], bem como novos instrumentos e figuras jurídicas, objetivando defender a coletividade e instaurar a tutela de interesses transindividuais específicos.

Reconhecida a relevância desses novos mecanismos legais já consagrados na tutela de direitos, faz-se necessário avançar ainda mais no sentido de tentar viabilizar uma tutela mais efetiva e adequada a uma nova e específica tipologia de litígios, os estruturais.

Essa nova tipologia de litígio, marcada por características bem peculiares, merece atenção por envolver, muitas vezes, "novos" direitos ou “novos” sujeitos, e a significação dos valores constitucionais caros a sociedade.

Jobim, explica que a CRB/88 traz valores elencados como essenciais e dignos de proteção e efetivação por parte do Estado:

> Assim, todos os incisos do artigo 3° estão em plena sintonia com a ideia das medidas estruturantes. Também não é de se negar importância do preâmbulo da Constituição Federal que resgata valores a serem buscados pela sociedade brasileira, tendo a doutrina e o Supremo Tribunal Federal, atualmente, concedido uma força normativa indireta ao auxílio à interpretação e aplicação do direito, inclusive, podendo ser utilizado como parâmetro de fundamentação de decisões judiciais. [14]

Podem-se citar entre esses valores “supremos”: o de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, como o direito à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade, à justiça e à constituição de uma sociedade livre, justa e solidária; o de garantir o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização; o de reduzir as desigualdades sociais e regionais e o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Estes valores, não elencados de forma taxativa, estão sujeitos a inúmeras interpretações, necessitando de uma significação e da definição de seu conteúdo operacional no âmbito da sociedade que os margeia.

É importante observar, ainda, que a CRB/88, em especial no seu art. 5°, traz um rol não taxativo de direitos fundamentais, um sistema aberto à fundamentalidade material (art. 5°, §2°, da CRB/88), de caráter principiológico, e expressivos das vontades e dos anseios da sociedade brasileira. Tais direitos fundamentais são regidos pelo princípio da aplicabilidade

---

[13] Pode-se citar, por exemplo, as ações constitucionais voltadas à tutela de direitos coletivos, como a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo, o Habeas Corpus, a Ação Popular.

[14] JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 173.

imediata dos direitos fundamentais (art. 5°, §1°, da CRB/88), e protegidos contra o poder constituinte reformador (art. 60 da CRB/88)[15].

O mesmo dispositivo ainda aduz que constitui tarefa precípua ao Poder Judiciário defender os direitos violados ou ameaçados de lesão, controlando os atos dos demais Poderes, perseguindo a máxima efetividade possível dos direitos fundamentais e observando-os como base do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, os direitos individuais e os coletivos *lato sensu* se enquadram no rol de direitos fundamentais, com seu caráter vinculante, de máxima eficácia e aplicabilidade, mesmo sem a existência de comandos legais específicos para sua proteção.

Dessa forma, a concretização de direitos parte, em um primeiro momento, da Constituição Federal de 1988, extremamente aberta a um regime democrático, protetivo e adequado de tutela de direitos. Essas normas de caráter fundamental e com alta carga valorativa, associadas a outras expressas no próprio texto constitucional, nas leis de controle de constitucionalidade (Lei n° 9.882/99 e 9.868/99) e nas recentes alterações da LINDB (Decreeto-Lei n° 4.657/42), revelam a grande abertura do direito brasileiro ao processo estrutural, como será mais bem demonstrado adiante, no capítulo. Somente a título de exemplo, podem-se citar os arts. 10 e 11 da Lei n° 9.882/99, que evidenciam grande preocupação com a repercussão da aplicação e da interpretação do preceito fundamental, buscando resguardar a segurança jurídica e o interesse social.

Demarcada a base constitucional propícia para a aplicação do modelo de processo estrutural no Direito brasileiro, logicamente associada a determinadas mudanças procedimentais e instrumentais, é interessante notar a importância da efetividade da tutela jurisdicional em litígios dessa magnitude.

Carlos Alberto de Salles, partindo de Chiovenda, define a efetividade da tutela jurisdicional e suas outras implicações não limitadas à realização do direito que assiste à parte, como a de promover uma solução consensual; o exercício de um papel simbólico para afastar o descumprimento da regra de direito material e o de realização de objetivos sociais.

> A efetividade da tutela jurisdicional tem sido definida nos termos do postulado por Giuseppe Chiovenda, a partir da afirmativa de que "na medida do praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e

[15] "Os direitos fundamentais estão ligados, como parece óbvio, à sua "fundamentalidade", que pode ser vista nos sentidos material e formal. Essa última está vinculada ao sistema constitucional positivo. A Constituição confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais, seja deixando claro que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5°, §1°, CF), seja permitindo a conclusão de que os direitos fundamentais estão protegidos não apenas diante do legislador ordinário, mas também contra o poder constituinte reformador – por integrarem o rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, CF)" (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2ª ed, rev. e atul. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 131).

> precisamente aquilo que ele tem direito de obter". Esse postulado traduz o objetivo "da *máxima coincidência* entre a tutela jurisdicional e o direito que assiste a parte", indicando a orientação finalista que aquela deve perseguir e expressando sua característica de instrumental, orientada para a "realização dos direitos". [16]

Há que se ter em mente que o princípio da inafastabilidade da jurisdição sedimentado no art. 5º, XXXV, da CRB/88, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciais, mas também a efetiva e tempestiva tutela jurisdicional. Cabe, portanto, definir os instrumentos processuais necessários à promoção da tutela de direitos, à adequação entre o procedimento e ao provimento judicial a cada tipo de litígio.

A ideia é que se considere não apenas o objetivo imediato (prestação de tutela aos direitos da parte), mas também os mediatos (relacionado a valores e objetivos do ordenamento jurídico), considerados como secundários em conflitos de matriz individual, preocupando-se, ainda, com uma fase posterior do processo jurisdicional: a execução.

O mote da pesquisa é, justamente, tratar do processo estrutural, um novo modelo processual a ser desenvolvido especificamente para tratar litígios de natureza diversa dos conflitos bipolares, com a preocupação voltada para a efetividade e a instrumentalidade deste novo mecanismo processual na tutela de direitos de caráter constitucional.[17]

2.4 O modelo constitucional democrático de processo

Toda essa transformação ocorrida no Direito brasileiro, em especial com a promulgação da CRB/1988 e a mudança de paradigma para um Estado Democrático de Direito, acaba por repercutir diretamente no Direito Processual.

A evolução do constitucionalismo foi decisiva para a ocorrência de mudanças profundas no estudo e no dimensionamento da ciência processual, com modificação da centralidade dos códigos oitocentistas para a Constituição na aplicação do direito no século XX.[18]

---

[16] SALLES, Carlos Alberto. Processo Civil de Interesse Público. WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017, p. 200-201.

[17] "Na realidade, a importância de estudar o processo à luz das tutelas é tão evidente quanto a de saber o fim de um instrumento. Nesse sentido, o fim do processo deve ser detectado nas necessidades do direito material. Ou melhor, nos resultados materiais que o processo deve gerar para atendê-las. Esses resultados são exatamente as tutelas que devem ser prestadas pelo processo. Resumindo: não há como deixar de pensar nas tutelas quando se deseja analisar se o processo, como técnica, está respondendo à sua missão constitucional de dar "tutela aos direitos". E nada pode ser mais importante ao doutrinador do que processo nos dias atuais" (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2ª ed, rev. e atul. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 116).

[18] "As tendências de centralidade dos Códigos (Civil, Processual Civil, Penal e Processual Penal), na aplicação do Direito, perderam-se no passado diante da imposição da centralidade do constitucionalismo no curso do século XX. A evolução do constitucionalismo foi decisiva para as mudanças estruturais do estudo e do

Com essa mudança de paradigma, toda a teoria do Direito Processual, sem nenhum exagero, passou a estar diretamente vinculada com a CRB/88, extraindo dela as bases para seu desenvolvimento. Cria-se, portanto, uma teoria processual guarda-chuva, que tem por escopo ser um método de pensamento do processo civil, uma chave de leitura indissociável da práxis processual. Está-se diante do modelo constitucional democrático de processo.

Tal modelo compreende diferentes regras de natureza processual, segundo exposto por Cássio Scarpinella Bueno[19], sendo que o objeto desta pesquisa está ligado aos princípios do Direito Processual, que, tratados com grande importância pela CRB/88, não apenas no art. 5º, mas em todo o texto, servem de premissa interpretativa para as demais regras instituídas.

Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron evidenciam assim essa tendência e as transformações sofridas pelo CPC em vigor:

> O Novo CPC evidencia essa tendência ao conferir grande importância aos princípios fundamentais do processo, característica visível não apenas nos primeiros artigos, mas, na verdade, em todo o texto, especialmente quando se percebe que o conteúdo destes princípios servirá de premissa interpretativa de todas as técnicas trazidas na nova legislação. Assim, a nova lei institui um verdadeiro sistema de princípios que se soma às regras instituídas e, mais do que isso, lhes determina uma certa leitura, qual seja, uma leitura constitucional do processo (ou embasada no processo constitucional democrático), tendo como grandes vetores o modelo constitucional de processo e seus corolários, devido processo legal (formal e substantivo), o contraditório – em uma versão dinâmica (art. 10, Novo CPC), a ampla defesa e uma renovada fundamentação estruturada e legítima das decisões judiciais (art. 486, Novo CPC). [20]

O Código de Processo Civil de 2015, com força na CRB/88 e evidenciando estar intimamente ligado aos princípios de direito processual positivados na Carta Magna, de forma inovadora, trouxe o Capítulo I, intitulado "Das Normas Fundamentais do Processo Civil", dos arts. 1° a 12. Esses doze dispositivos estabelecem todas as chaves de leitura para a aplicação do novo código, reforçando seu caráter constitucional e a necessidade de estrita observância dos ditames constitucionais. Entre essas normas fundamentais, podem-se citar o contraditório, a ampla defesa, a cooperação processual entre os sujeitos processuais, a consagração de um

---

dimensionamento da ciência processual, a partir da segunda metade do século XX" (THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, p. 57).

[19] "O "modelo constitucional do direito processual civil brasileiro" compreende, para fins didáticos, quatro grupos bem destacados: os "princípios constitucionais do direito processual civil", a "organização judiciária", as "funções essenciais à Justiça" e os "procedimentos jurisdicionais constitucionalmente identificados" (BUENO, Cássio Scarpinella. O "modelo constitucional do direito processual civil": um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *In* JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de. LAUAR, Maira Terra (coord.). Processo civil – Novas tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 159).

[20] THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, p. 32-33.

modelo multiportas para a solução dos conflitosos meios de solução adequada de conflitos, a duração razoável do processo e a primazia da solução integral de mérito, entre outros.

A previsão legal de todas essas normas em um capítulo inaugural do CPC é visto como algo desnecessário, em razão do próprio modelo constitucional democrático de processo e da força da CRB/88. Contudo, essas normas exercem papel central no resgate do papel constitucional do processo e em sua democratização, com a clara tentativa de modificar sua estrutura e de transformar todo o seu modelo de aplicação. Busca-se fugir das amarras dos códigos oitocentistas e do formalismo do CPC/1973 e mudar a relação entre os sujeitos processuais.

Nesse sentido, o modelo constitucional de processo tem o condão de conduzir a relação processual e servir-lhe de base.[21] Há uma busca pela democratização do processo civil, mediante a aplicação de uma igualdade efetiva e o necessário resgate do processo como *locus* de formação das decisões, a partir do aspecto comparticipativo e policêntrico de sua estrutura.

Desta forma defendem Nunes e Horta:

> Caso a nova lei não seja interpretada em sua unidade e em conformidade com a teoria normativa da comparticipação, corre-se o risco de manter-se o "velho" modo de julgamento empreendido pelos magistrados, que, de modo unipessoal (solipsista), aplicam teses e padrões sem a promoção de juízos de adequação e aplicabilidade ao caso concreto, citando ementas e súmulas de forma descontextualizada, e não se preocupando em instaurar um efetivo diálogo processual com os advogados e as partes, especialmente se a doutrina não reassumir a função e a postura crítica que dela se espera, ao contrário de se conformar em repetir o ementário e os enunciados sumulares de uma prática jurisprudencial que se vale, em um círculo vicioso, dos mesmos enunciados e ementas. [22]

A relação jurídica processual não pode mais ser vista apenas como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade, de modo a relegar o debate processual a segundo plano. Os sujeitos processuais, de modo diverso, em cooperação e a partir de uma perspectiva democrática, devem participar e influenciar na formação do provimento jurisdicional, com uma blindagem a atividades não condizentes com o *locus* processual.

---

[21] "O processualismo constitucional democrático é uma concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudossocialização processual (neoliberalismo processual) e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, ao partir do necessário aspecto comparticipativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões" (NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (*et al*.) (org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012).

[22] HORTA, André; NUNES, Dierle; aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. *In*: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no NCPC. Coleção Novo CPC e novos temas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

A participação dos sujeitos processuais na formação do provimento jurisdicional é o mote principal do processo constitucional democrático e perpassa, logicamente, pelo seu aspecto comparticipativo e policêntrico. A ideia de que todos os sujeitos em uma relação jurídica dialogam e formam em conjunto as decisões judiciais, garantida uma igualdade efetiva, advém do princípio do contraditório, que sofreu uma ressignificação, e da releitura do sistema colaborativo.

O direito ao contraditório passou a ser entendido como o direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e de não surpresa[23] (art. 10 do CPC), sendo que a cooperação processual obriga os sujeitos processuais a buscar o mútuo auxílio e o diálogo, criando um ambiente normativo que induz à comparticipação (art. 6º do CPC).[24]

Neste ponto, há que se asseverar que a cooperação entre os sujeitos processuais ganhou novos contornos, em especial, a colaboração entre os órgãos do Poder Judiciário nacional e os juízes. O CPC, em seus arts. 67 a 69, traz todo um regramento específico sobre a cooperação, o que é extremamente salutar no tratamento de litígios complexos e irradiados[25] em grande parte do território nacional.

Contudo, há que se ressalvar que o modelo cooperativo delineado tem um papel contrafático, de proposição de uma situação ideal frente a uma realidade distorcida. Em muitos litígios, pode-se observar que a cooperação entre os sujeitos processuais não será possível, em razão do claro desinteresse da parte ré, por exemplo, em coloborar com os

---

[23] "Nesse sentido, o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões. Isso representa uma transformação do conceito persistente em parte da doutrina processual nacional, que ainda reduz a participação em contraditório a mero direito à bilateralidade de audiência – mero direito de dizer e contradizer. E, com isso, opera-se uma teorização com enorme impacto prático que é tão insuficiente quanto confrontada, por exemplo, com a proposta trazida por Fazzalari, ainda que com suas limitações, entre nós: o contraditório como direito de participação em igualdade na preparação do provimento (simétrica paridade de armas)" (THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, p. 63-64).

[24] "Para que o processo de fato mereça o qualificativo de democrático/justo, e se torne real o clima de colaboração entre o juiz e as partes, a nova lei impõe uma conduta leal e de boa-fé, não só dos litigantes, mas também do magistrado, a quem se atribuíram os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os sujeitos interessados na correta composição do conflito, criando-se um novo ambiente normativo contrafático de indução à comparticipação (em decorrência dos comportamentos não cooperativos)" (THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2016).

[25] Essa nomenclatura é adotada por Edilson Vitorelli, que descreve como um litígio irradiado aquele que afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, que não compõe uma comunidade, sendo que os resultados deste litígio atingem a estas pessoas de modo diverso e em intensidades diversas. Para melhor compreensão da expressão, interessante a leitura: LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. Repercussões do novo CPC – processo coletivo. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 97-98.

demais sujeitos processuais para a resolução do litígio. Este fato, comum na lógica processual vigente no direito brasileiro até a entrada em vigor do CPC/2015, reforça a necessária preocupação com uma modificação de pensamento e de atuação dos sujeitos processuais.

Nesse sentido, para se garantir a efetiva participação dos sujeitos processuais, é mister apontar que o modelo constitucional de processo impõe o cumprimento efetivo do art. 93, IX, da CRB/1988, na medida em que impõe aos magistrados o dever de assegurar fundamentação adequada e coerente de suas decisões, com o objetivo de dar efetividade a outras normas constitucionais, tais como as que consagram o contraditório e a ampla defesa, uma vez que somente com a análise de todos os argumentos relevantes das partes é que se garante a comparticipação[26].

Essa modificação da visão da necessidade de fundamentação das decisões, não mais tratada como convencimento motivado, mas como uma persuasão racional, faz com que as decisões partam do diálogo dos sujeitos processuais e da efetiva participação das partes, impedindo o juiz de decidir de maneira solipsista, sem analisar os argumentos das partes e surpreendendo-as, tal qual prescrevem os arts. 10, 11 e 489 do CPC.

Assim, percebe-se que o modelo comparticipativo de processo, de matriz garantidora e constitucional, permeia todo o nosso sistema processual e obriga a todos os intérpretes do direito uma necessária releitura dos institutos de Direito Processual e uma efetiva garantia de direitos fundamentais e da participação dos sujeitos processuais, viabilizando o debate e a formação de um processo justo e democrático.

Essa chave de leitura do processo permeará a pesquisa e será determinante para o desenvolvimento de uma teoria do processo estrutural, especialmente quanto ao tratamento do instituto processual do pedido e da participação.

---

[26] "Para tanto, em conformidade com esta teoria normativa da comparticipação (cooperativa relida), o Novo CPC traz um conjunto de comandos que fomentam o diálogo e o controle de todas as ações dos sujeitos processuais, como, v.g., a boa-fé processual, a fundamentação estruturada das decisões, o formalismo democrático. Tal premissa otimiza o funcionamento processual na medida em que, de um lado, cria ferramentas de fiscalidade para o comportamento de todos os sujeitos, e, de outro, induz que o processo oferte o máximo de aproveitamento de sua atividade (com a prevalência do julgamento do mérito) com idas e vindas decorrentes, por exemplo, da esperteza dos advogados ou da negligência do juiz ao analisar argumentos essenciais para o deslinde correto do caso. Nesses termos, sob a égide do Novo CPC o processo democrático/justo, entre outras conquistas, elevou o grau de participação e influência das partes na preparação e formação do provimento judicial com que se haverá de solucionar o litígio em juízo" (THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015. p. 53).

2.5 O poder da consensualidade e o acesso à justiça: meios adequados de solução de conflito e negócios jurídicos processuais

Nas últimas décadas, vem se observando uma grande popularização de outras técnicas de resolução de conflitos e de promoção do acesso à justiça, diversas da jurisdição estatal, as chamadas *alternative dispute resolutions*[27] (ADRs, em inglês), como a mediação, a conciliação, a arbitragem e a negociação.

Os diferentes meios de solução das controvérsias partem do princípio de que o acesso à justiça deve oferecer aos indivíduos variadas formas de resolução de conflitos, um sistema multiportas (*Multi-door Corthouse*, termo cunhado por Frank Sander[28], na década de 1970). Os jurisdicionados são recepcionados com diferentes métodos aptos a atender aos seus interesses da maneira mais efetiva e adequada às especificidades do litígio, com o objetivo de evitar o processo judicial, a via adjudicatória.

No Direito brasileiro não foi diferente. Facilmente se observa que o País passou, e está passando, pelas ondas de acesso à justiça, como bem pontuam Mauro Cappelletti[29] e Galanter.[30] Observou-se grande modificação da estrutura de acesso à justiça, em especial pelos problemas tão comuns concernentes à tutela jurisdicional adjudicada pelo Estado, como a morosidade e a (in)efetividade, que passou a ser exigida e tratada de modo diverso.

O desenvolvimento de instrumentos/meios de solução adequada de conflitos, já presentes no Direito brasileiro de forma esparsa, podendo-se citar as leis da Arbitragem (Lei n° 9.307/96) e da Mediação (Lei n° 13.140/15), com o advento do CPC, foram incorporados à busca pela tutela adequada, tempestiva e efetiva dos direitos.

Intimamente ligada aos princípios constitucionais que foram amplificados pelo CPC, outra norma fundamental do processo chama a atenção. O art. 3º, §§ 1º e 3º, CPC[31] organizou, positivamente, um modelo multiportas de acesso à justiça, com grande predileção à autocomposição e ao autorregramento da vontade.

---

[27] FISS, Owen. ADR – Second Class Justice. Connecticut Law Tribune. Vol. 12, n° 11, march 17, 1986.
[28] SANDERS, Frank. The Pound Conference: *Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul: West Pub., 1979.
[29] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabrid, 1988.
[30] GALANTER, Marc. Acess to justice in world of expanding social capability, 37 Fordham Urban Law Journal, 2010, p. 115-128.
[31] Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Com fulcro nesse modelo, os atores processuais são instados a conhecer e operar vias integradas de solução dos conflitos, de modo a optarem por aquela que favoreça a obtenção da mais adequada solução para o conflito e que ofereça a melhor tutela jurídica às partes e, eventualmente, aos terceiros interessados.

Em verdade, há uma determinação eloquente para que o Estado promova a solução consensual dos conflitos, que deverá ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Com efeito, da forma como previsto pelo novo regime processual civil, essas vias consensuais de solução dos litígios não devem ser denominadas "alternativas", porquanto estão, de fato, integradas umas às outras, com a transformação da jurisdição estatal (solução adjudicada), de prioritária a excepcional.[32]

Essa reorganização dos meios de solução integrada dos litígios no Código de Processo Civil de 2015 foi elaborado de forma a incentivar a solução autocompositiva dos litígios, concedendo poder as partes e incentivo ao juiz para, sempre que possível, promover a solução consensual do conflito. Desse modo, o regime processual visa fortalecer e implementar a norma fundamental do autorregramento da vontade das partes.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. enumera alguns exemplos:

> O Código de Processo Civil é estruturado de modo a estimular a solução do conflito por autocomposição: a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º) e e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art.190). [33]

Assim, verifica-se no CPC que a mediação e a conciliação passam a compor meios integrados para a solução de litígios, mesmo no curso do processo, havendo a possibilidade de escolher a solução mais adequada ao dimensionamento do litígio, prestigiando-se, entre as vias possíveis, as opções de solução consensual.

O CPC trata a adequação e a flexibilidade dos procedimentos como uma de suas premissas para se atingir os objetivos de tutela adequada e efetiva de direitos.

---

[32] "Por isso, parece correto afirmar que "torna-se um equívoco denominar essas vias consensuais de "alternativas", quando, na verdade, são alçadas a vias integradas de solução dos conflitos. Evidencia-se, além do mais, uma tendência em se ter na jurisdição (solução adjudicada) uma via excepcional, a *ultima ratio* para a resolução dos conflitos" (NUNES, Leonardo Silva. THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. Repercussões do Código de Processo Civil de 2015 no Processo Coletivo. *In*: Processo Civil Brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015. Coord. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 322).

[33] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 134.

De forma atrelada ao sistema multiportas de acesso à justiça, outra grande novidade trazida pela nova legislação processual foi a previsão de uma cláusula geral de negociação processual, que permite acordos processuais atípicos (art. 190, CPC). As convenções processuais não constituem novidade propalada pelo CPC. Várias eram as convenções sobre o processo tipificadas no CPC/1973. Ou seja, existiam sob expressa previsão legal, sendo que a inovação do CPC consiste em instituir no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade expressa de as partes, desde que capazes, poderem convencionar, em matéria processual (ônus, poderes, faculdades e deveres), fora dos casos expressamente previstos em lei.

O que o novel diploma legal institui no art. 190 é uma cláusula geral de convencionalidade, ampliando o poder das partes de dispor a respeito das regras procedimentais e de suas situações jurídicas processuais. Ademais, o vigente CPC ampliou a previsão de convenções processuais típicas, como o calendário processual (art. 191) e a audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes (art. 357, §3º).

Todo esse rearranjo da legislação processual implica maior força ao princípio do autorregramento das partes, evidenciando sua densidade normativa. Trata-se de oferecer aos jurisdicionados mecanismos verdadeiramente plurais para adaptar o processo a seus anseios, proporcionando aos litigantes uma variedade de métodos e instrumentos aptos a solucionarem suas controvérsias, o que se revela essencial em litígios complexos[34].

No âmbito da temática das normas fundamentais e das mudanças sensíveis no Direito brasileiro, desde a promulgação da CRB/88, a consensualidade e o acesso à justiça exercem papel central no intento de modificar a estrutura de litigância tão arraigada na sociedade. Na ótica dos processos estruturais esses elementos devem se fazer presentes, ainda mais ao considerar que o processo aqui defendido é dialógico, comparticipativo e formado em conjunto pelos sujeitos processuais.

Parte-se de uma proposição de um modelo de solução adequada e integrada dos litígios, no qual as partes atuarão de forma comparticipava e dialógica na tentativa de resolução do litígio, sempre tendo por base o consenso. Contudo, uma ressalva há que ser realizada diante dessa perspectiva, ligada ao jogo de interesses e a ação dos litigantes dentro de um cenário que poderá lhes será prejudicial. Pode-se pensar que dificilmente determinados atores processuais de forma voluntária, em especial os réus, se proporão a realizar acordos, a

[34] RODRIGUES, Marco Antônio. GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 141-172.

impor-lhes penalidades, a resolver de forma pacífica e sem maiores intercorrências um litígio que repercutirá de forma extremamente negativa em várias esferas.

Estes atores atuam com base em lógicas diferentes da aqui proposta, como a do mercado, possuindo interesses diversos e dificilmente ligados à possibilidade de reorganização de sua estrutura burocrática, de intromissão de terceiros em sua estrutura de comando. Com efeito, a forma de pensamento aqui proposta e delineada não desconsidera essas questões, mas parte de uma proposição contrafática, com o intuito de modificar a forma de atuação das partes, para a melhor e mais adequada resolução do litígio.

2.6 O processo coletivo no Direito brasileiro

A busca pela tutela adequada e diferenciada dos direitos coletivos foi impulsionada pela necessidade de oferecer garantia e proteção ao direito material em jogo, associada à inafastabilidade da jurisdição (art. 5°, XXXV, da CRB/88), não podendo esta se desenvolver a partir da aplicação de mecanismos processuais classicamente concebidos para o tratamento de conflitos individuais.

O Brasil passou por uma grande evolução legislativa e doutrinária no que tange ao tratamento dos direitos de grupo ou coletivos *lato sensu*, que, na esteira do art. 81 do CDC, englobam os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.

Atualmente, muito já se avançou no tratamento dos direitos coletivos, existindo um microssistema formado por normas processuais próprias[35], responsável pela tutela integral desses direitos. De modo simplificado, pode-se afirmar que a Lei n° 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e a Lei n° 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) compõem o centro desse microssistema, que dialoga diretamente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código de Processo Civil de 2015, as demais leis ordinárias que tratam de questões afetas aos direitos coletivos (como a Lei da Ação Popular – Lei n° 4.717/1965), e as leis que definem o controle de constitucionalidade (Leis n° 9.868/1999 e 9.882/1999).

[35] "o *direito processual coletivo* se biparte em *direito processual coletivo comum*, que se destina à tutela de direitos coletivos lesados ou ameaçados de lesão em decorrência de conflitos coletivos existentes no mundo da concretude, e em *direito processual coletivo especial*, que se destina ao controle abstrato da constitucionalidade, cujo objeto de tutela é o *interesse coletivo objetivo legítimo*" (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.480).

Assim, o processo coletivo[36] foi estruturado na tentativa de fornecer tutela jurisdicional efetiva e diferenciada aos direitos de grupo.

No Direito brasileiro houve grande avanço no tratamento dos direitos coletivos em especial, nas décadas de 1970 e 1980[37], revelando a perplexidade e as transformações que o direito estava sofrendo, principalmente, na tentativa de promover soluções adequadas para problemas relacionados à legitimação dos grupos, à extensão da coisa julgada e à garantia ao contraditório, entre outros.

Até adentrar na lógica do Estado Democrático de Direito, com a CRB/88, o processo coletivo teve como marco inicial a Lei da Ação Popular (Lei n° 4.717/1965), surgindo, a partir dela e de maneira esparsa, outras leis, como a Lei da Ação da Civil Pública (Lei n° 7.347/1985), um verdadeiro marco na tutela dos direitos coletivos.

Todavia, somente com a instituição de uma nova ordem jurídica, o Estado Democrático de Direito, advindo com a promulgação da CRB/88, é que os avanços na tutela dos direitos coletivos se fizeram mais incisivos.

O expresso reconhecimento ao longo do texto constitucional de direitos de índole coletiva (como o do idoso, o do consumidor, e da higidez do meio ambiente, entre outros de caráter fundamental), o desenvolvimento de técnicas aptas a viabilizar a tutela jurisdicional adequada (como a previsão do mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5°, LXIX e LXX da CRB/88) e a incorporação da ação civil pública, alargada para a defesa genérica de direitos difusos e coletivos (art. 129, III)[38], entre outros, são provas concretas do referido avanço.

Após a promulgação da CRB/88, gradualmente, ocorreu grande proliferação de novos regramentos pertinentes à tutela, material e processual, dos direitos coletivos. A título de exemplo, pode ser enumerada a seguinte legislação: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/1990); Código de Defesa do Consumidor (Lei n°8.078/90); Lei de Improbidade

---

[36] O processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se o *grupo* (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo (DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 31).

[37] Para compreender esse momento histórico, vale a leitura de alguns textos clássicos, entre eles: GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. Revista de Processo, Vol. 14, 1979; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos". Revista de Processo, Vol. 28, 1982; WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. Revista de Processo, Vol. 34, 1984.

[38] NUNES, Leonardo Silva. *Mandado de Segurança Coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, p. 69.

Administrativa (Lei n° 8.429/1992); Estatuto do Idoso (Lei n° 10.741/2003); Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo (Lei n° 12.016/2009) e Lei do Mandado de Injunção Individual e Coletivo (Lei n° 13.300/2016).[39]

Todas essas leis compõem o sistema de tutela jurisdicional coletiva brasileiro e possuem diversas peculiaridades, adaptações procedimentais e formas diferentes de atuação, o que se dá em razão da tipologia dos direitos a que visam tutelar. Firmou-se até aqui, de modo breve, o reconhecimento constitucional dos direitos coletivos, sendo importante ater-se ao conceito de processo coletivo e caracterizar seu objeto material: os direitos coletivos.

O processo é coletivo a partir do momento em que este preenche dois requisitos: a existência de um direito coletivo *lato sensu* como objeto do processo; e a presença de um grupo de pessoas, determináveis ou não, como pretensos titulares destes direitos. Ou seja, é imperiosa a presença do grupo e da situação jurídica coletiva para se determinar a natureza de uma ação coletiva, sendo a segunda a que causou maiores controvérsias doutrinárias ao longo dos anos.

O art. 81, parágrafo único, do CDC[40], sedimenta no ordenamento jurídico brasileiro a definição legal de direitos coletivos *lato sensu*, distribuídos em três categorias distintas *direitos difusos*, *direitos coletivos em sentido estrito* e *direitos individuais homogêneos* não fazendo qualquer diferenciação entre a utilização dos termos *direitos* ou *interesses*, alvo de grande divergência doutrinária em tempos passados. Embora não alheia a controvérsias, a definição legal, ao menos, convencionou a forma de se referir a essas situações. Nada obstante, diante da notável insuficiência legislativa, não tardou a doutrina a propor outras classificações, como a de Edilson Vitorelli.[41]

---

[39] Essa proliferação do regramento pertinente à tutela, material e processual, dos direitos coletivos foi indicada, detalhadamente, por Leonardo Silva Nunes: NUNES, Leonardo Silva. *Mandado de Segurança Coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, p. 70-76.

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

[41] Mesmo recentemente há quem na doutrina sugira modos diferentes de categorizar os litígios transindividuais, como Edilson Vitorelli (LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. Repercussões do novo CPC – processo coletivo. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 97-98).

Analisando a concepção legal e clássica da definição desses direitos coletivos *lato sensu*, Hugo Nigro Mazzilli[42] define os direitos difusos como "um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas". Já os direitos coletivos em sentido estrito, apesar de terem em comum com os direitos difusos a nota da indivisibilidade, destes se diferenciam por serem marcados pela determinabilidade, pois todos do grupo estão ligados pela mesma relação jurídica base. Finalmente, segundo Mazzilli, os direitos individuais homogêneos correspondem a interesses "de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato".[43] Cumpre ressaltar, contudo, que determinados autores, como Teori Albino Zavascki[44] e Humberto Theodoro Júnior[45], não incluem essa categoria de direitos no rol de direitos coletivos, por não se tratar de uma categoria de direitos diferenciada, simplesmente direitos subjetivos individuais.

Em que pese a existência de divergências, como brevemente apontado, de modo geral, a doutrina brasileira relaciona as três espécies como vinculadas ao gênero direitos coletivos *lato sensu*, reconhecendo a aproximação destes direitos[46], e não a sua compartimentalização.

Há mais de quatro décadas, o Direito brasileiro busca concretizar os direitos coletivos mediante o desenvolvimento de ferramental apto a sua adequada efetivação pela via do processo. Em outras palavras, à medida que estes direitos foram sendo consagrados, em especial após a CRB/1988, diversos mecanismos de defesa/proteção foram sendo implementados, como formas adequadas de tutelá-los.

---

[42] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo:* meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2006, p. 50-51.

[43] MAZZILLI, *Op.Cit.*, p. 53. Nestas situações, percebe-se o vínculo consequencial. "Essa relação jurídica nascida com a lesão, ao contrário do que acontece com os interesses ou direitos 'difusos' ou coletivos, que são de natureza indivisível, é individualizada na pessoa de cada um dos prejudicados, pois ofende de modo diferente a esfera jurídica de cada um deles, e isto permite a determinação ou ao menos a determinabilidade das pessoas atingidas" (WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto / GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al.* 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.804).

[44] ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33-34.

[45] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* Procedimentos Especiais. 50ª Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2016, vol. II, p. 735.

[46] "As categorias de direito expostas (difuso, coletivo e individual homogêneo) foram elaboradas com vistas a possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional. São, portanto, conceitos interativos de direitos material e processual, voltados para a instrumentalidade, para a adequação ao direito material da realidade hodierna e, dessa forma, para sua proteção pelo Poder Judiciário" (DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 41).

A realidade destes novos direitos impôs profundas reflexões voltadas para superar dificuldades inerentes a sua tutela por meio do processo, a exemplo da questão da legitimidade ativa, da representação dos grupos, da extensão da coisa julgada, da competência, dos poderes do juiz e de como viabilizar o contraditório, entre outros temas relevantes para a formatação do processo coletivo, com vistas à configuração de uma nova forma de tutela jurisdicional. As peculiaridades envolvendo os direitos coletivos impactaram decisivamente a conformação do processo, demandado a construção de procedimentos diferenciados.

Isso é perceptível na análise de duas nuanças do processo coletivo, a legitimação *ope legis* e a representação dos grupos, aspectos especiais para os propósitos pesquisa, as quais serão exploradas no momento oportuno.

Por tudo isso, o que se pretende evidenciar é que a efetivação dos direitos coletivos foi objeto de intenso debate e criação legislativa, com a criação de um aparato normativo compatível e adaptado ao direito material *sub judice*, até se chegar ao estágio de desenvolvimento atual, com a formação de um microssistema composto de técnicas diversas e de formas diferenciadas de tutela, viabilizando sua concretização material pela via processual.

Toda essa estrutura processual diferenciada, inerente a categoria dos direitos coletivos, é essencial para o tratamento dos litígios de caráter estrutural. Os litígios estruturais, na seara processual, dependem dos mecanismos processuais já desenvolvidos para a concretização e a efetividade do direito material violado, ligados, em muitos casos, à realidade dos direitos coletivos. Portanto, a teoria dos direitos coletivos serve de base para o desenvolvimento dos pressupostos e fundamentos do processo estrutural.

2.7 Os problemas enfrentados no tratamento de litígios estruturais

Feita essa breve explanação acerca da tutela jurisdicional dos direitos no Brasil e da necessidade de reestruturação dos mecanismos processuais vigentes, com vistas a garantir-lhes instrumentalidade e efetividade, e de mecanismos e teorias processuais mais adequados a outra realidade, passa-se a identificação de alguns problemas que assolam o processo civil e a jurisdicionalização dos conflitos envolvendo direitos coletivos.

Malgrado toda a construção legislativa em torno da tutela de direitos coletivos, os procedimentos criados em muito se diferem do tradicional modelo processual civil bipolar, de caráter retrospectivo e reparatório. Existem situações que não encontram um tratamento adequado mesmo diante de todo o regramento processual existente, como é o caso dos litígios

estruturais. Esses litígios, como será melhor demonstrado adiante, tem características marcantes e que, dada a sua complexidade e por envolverem o interesse público, não encontram no leque dos processos coletivos disponível o ferramental adequado ao dimensionamento de determinados problemas.

Esses problemas são inúmeros, podendo ser exemplificados a partir da rigidez procedimental, do ativismo judicial, da representação e participação dos titulares do direito material violado no processo, do modelo individual bipolar que permeia o sistema processual, dos custos e da ausência de técnicas de coletivização de demandas, entre outros.

Diversos autores brasileiros já discorreram sobre esses problemas, podendo-se citar: a título de exemplo, Sérgio Cruz Arenhart[47], Fredie Didier[48], Susana Henriques da Costa[49] e Marcella Ferraro.[50] Todos estes autores evidenciam em seus escritos a preocupação com alguns dos problemas acima elencados, em especial para se garantir uma efetiva e adequada tutela dos direitos por meio do processo.

Com o intuito de manter a coerência com os objetivos traçados, a pesquisa se debruçará sobre três desses problemas. Nas subseções que seguem, se discorrera, a título de introito, acerca do modelo individual bipolar de processo e do ativismo judicial, sendo que ao longo do texto estes problemas serão abordados com a proposição de soluções para o seu enfretamento. Mais adiante, em capítulo próprio, será enfrentado o problema relativo à representação e à participação dos titulares do direito material violado no processo.

2.7.1 A matriz processual individual bipolar

No Direito brasileiro, um dos principais problemas observados na tentativa de tratar os litígios complexos e multipolares, que envolvem, por exemplo, políticas públicas, é que a matriz processual predominante é a individual. Seja nos processos individuais por

---

[47] ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 2, 2015, p. 211-229.

[48] DIDIER, Fredie. ZANETI, Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandre. Notas sobre as decisões estruturantes. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

[49] COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. *In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

[50] FERRARO, Marcella Pereira (2015). Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Brasil.

natureza, seja nos processos coletivos, o ambiente jurídico brasileiro é demarcado pela bipolaridade.[51]

Os conflitos se desenvolvem entre "A" e "B", com posições jurídicas totalmente distintas e bem definidas. O autor postula algo em face do réu, que, de forma passiva, apenas resiste, em um modelo tradicional individual de processo, que tem por escopo a resolução da disputa por um terceiro neutro, imparcial e distante das partes.[52]

Owen Fiss define qual modelo de processo serve de comparação ao modelo estrutural de processo. Está-se diante do modelo de solução de controvérsias, altamente individualista e com o claro objetivo de definir quem está certo e declarar os direitos/deveres das partes.

> O modelo estrutural é geralmente criticado porque envolve um distanciamento de uma forma ideal. Essa crítica pressupõe, obviamente, um protótipo ou ação judicial "modelo", uma forma ideal com a qual todas as ações judiciais serão comparadas. O padrão usual de comparação, o modelo de solução de controvérsias, é tríade e altamente individualista: uma ação judicial é visualizada – com a ajuda do ícone da Justiça segurando sua balança – como um conflito entre dois indivíduos, o autor da ação e o réu, e um terceiro situado entre as duas partes, como um árbitro imparcial, para observar e decidir quem está certo e declarar o que deve ser feito. Com relação a essa perspectiva, a reforma estrutural certamente é uma transformação e parece ser totalmente diferente. [53]

Esse modelo de processo, bipolar e individual, tem características peculiares, com o foco no ato ilícito cometido pela parte, sendo bem demarcada a posição de cada parte. O autor é, normalmente, a vítima e o próprio beneficiário da reparação do ilícito, representando seus próprios direitos, sendo o réu o autor do ilícito, o representante do interesse contraposto e o destinatário da norma jurídica emitida a ser cumprida.[54]

Ainda, neste modelo de solução de controvérsias, o juiz exerce um papel passivo, permanecendo como um árbitro ou observador entre duas partes, confiando a estas a iniciativa de apresentar os fatos, o direito e as provas, para, ao final, declarar qual das partes tem razão.

---

[51] "Aqui, porém, o mais importante é perceber que esse pano de fundo levou à afirmação de dois itens gerais: (i) a prevalência rigorosa da legislação escrita, procurando colocá-la como limite intransponível da atividade do julgador; e (ii) a polarização subjetiva das posições jurídicas, culminando em litígios que contrapunham órbitas individuais claramente definidas" (OSNA, Gustavo. Nem "Tudo", Nem "Nada" – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 178-179).

[52] "Do mesmo modo, o discurso agrega outro patamar à sua função de resolução de disputas: se antes o objeto de pacificação se centrava em conflitos entre "A" e "B", agora também entram em cena debates com complexidade claramente mais elevada; em ambos os lados, pode se situar uma multiplicidade de interesses e de sujeitos, colocando ao magistrado um novo prisma de investigação" (OSNA, Gustavo. Nem "Tudo", Nem "Nada" – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 181-182).

[53] FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 135.

[54] FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 136-141.

Soma-se a isso que o processo de caráter bipolar é um episódio autossuficiente, com o impacto da sentença se restringindo s partes e concluindo a atividade judicial, sendo que o direito e o remédio são interdependentes Ou seja, o alcance da reparação deriva logicamente da violação causada pela parte adversa.[55]

Nesse sentido, é perceptível que o modelo processual individual é marcado pela rigidez formal, pelo caráter retrospectivo das soluções jurídicas, pela posição passiva e de mero acertamento de direitos do magistrado e pela definição do conflito com a prolação da sentença condenatória, entre outros. Esse modelo tradicional foi explicitado, há mais de quarenta anos, em importante trabalho de Abram Chayes:

> Tradicionalmente, el proceso ha sido visto como un medio para resolver conflictos de derecho privado entre particulares. Las características que definen este modelo de litigio son:
> (1) Un proceso bipolar. El litigio se organiza como una confrontación entre dos individuos, o al menos dos intereses unitarios diametralmente opuestos, a resolverse sobre la idea que "el ganador se lleva todo".
> (2) El litigio es retrospectivo. La controversia gira en torno a una serie identificada de eventos pasados y está destinada a determinar si ocurrieron y, en su caso, con qué consecuencias legales para las partes.
> (3) El derecho y el remedio son interdependientes. El alcance de la reparación se deriva más o menos lógicamente de la violación sustantiva, bajo la teoría general de que el actor obtendrá una compensación medida en base al daño causado por el accionar ilícito del demandado -en un contrato, otorgándole al actor el dinero que hubiera tenido de no incurrirse en tal ilícito; en un caso de responsabilidad civil, pagando el valor del daño causado.
> (4) El proceso es un episodio autosuficiente. El impacto de la sentencia está restringido a las partes. Si el actor vence, habrá una simple transferencia con fines de compensación, usualmente el pago de una suma de dinero y sólo ocasionalmente la devolución de una cosa o la realización de un acto determinado. Si el demandado vence, el perjuicio permanece donde se encontraba. En cualquier caso, el dictado de la sentencia concluye la actividad judicial
> (5) El proceso es iniciado por las partes y controlado por las partes. El caso se organiza y las cuestiones se definen a partir de los intercambios entre las partes. La responsabilidad sobre el desarrollo de los hechos es suya. El juez es un árbitro neutral de dichas interacciones, que decide cuestiones jurídicas solo si éstas son apropiadamente planteadas por alguna de las partes. [56]

No Brasil, esse modelo processual predomina nos conflitos de matriz individual e coletiva, com raras distinções, o que acaba por impor uma série de dificuldades procedimentais no tratamento de litígios de caráter estruturais.

Essa dificuldade procedimental, de caráter processual, enfrentada em litígios complexos é bem pontuada por Verbic[57], que levanta a discussão acerca da necessidade de se

---

[55] FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 164.

[56] CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law litigation*, 89 Harv. L. em. 1281 (1976). Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic publicaem en Revista de Processo nº 268, junho 2017, p. 2-3.

[57] VERBIC, Francisco. Ejecucion de sentencias em litigios de reforma estructural-dificultades políticas y proceimentales que inciden sobre la eficácia de estas decisiones. XXVII Congresso Nacional de Derecho Procesal. Córdoba, 2013. Disponível em:

repensar um novo modelo processual para o tratamento de determinada tipologia de litígios, os litígios estruturais.[58]

A pesquisa volta-se a necessidade de debater e traçar as características do processo estrutural como um método apto ao tratamento de litígios que demandam medidas ou reformas estruturais, que se diferem de litígios de caráter individual bipolar.

2.7.2 Ativismo judicial

Não se pretende aqui esgotar a temática do ativismo judicial e da judicialização da política, tão em voga atualmente. O que se pretende é evidenciar as críticas ao fato de que os litígios estruturais demandam uma atuação diferenciada do Poder Judiciário.

A principal das críticas é no sentido de que, ao lidar com políticas públicas, litígios complexos e direitos fundamentais, o Poder Judiciário tem intervindo no espaço dos Poderes Legislativo e Executivo. Ao contrário, não se trata de uma intervenção indevida, palavra esta que tem por acepção terminológica o significado de uma atuação em um campo que não lhe é próprio, guardando relação com uma noção de democracia e com uma rígida separação de poderes. De forma mais específica e ampla, o Poder Judiciário, por meio de seus atores, é mais um dos *locus* de discussão acerca de políticas públicas, sendo necessário entender esse alargamento da judicialização sem qualquer pressuposição.

A judicialização da política, da vida, se deve no Direito brasileiro a alguns fatores, considerados de forma cumulativa. Como já abordado, o Brasil passou por uma redemocratização em 1988, o que modificou toda a estrutura de poder e de direitos no País, passando a CRB/88 a ter grande abrangência e a abordar uma temática diversa e altamente profunda de questões. Somam-se a esses fatores outros dois o do controle de constitucionalidade e o do incremento do acesso à justiça ambos responsáveis por uma

---

https://www.academia.edu/33441612/Ejecuci%C3%B3n_de_sentencia_en_litigios_de_reforma_estructural._Dificultades_pol%C3%ADticas_y_procedimentales_que_inciden_sobre_la_eficacia_de_estas_decisiones. Acesso em: 8 mai. 2018)

[58] "The distinctive features of structural reform can best be understood by contrasting it with a model of adjudication that has long dominated literature and is often used as the standard for judging the legitimacy of all forms of adjudication. This model, called dispute resolution, is associated with a story of two people in the state of nature who each claim a single piece of property. They discuss the problem, reach an impasse, and then turn to a third party, the stranger, to resolve their dispute. Courts are viewed as the institutionalization of this stranger and adjudication as the process through which the judicial power is exercised. Although this story is used not as an argument for the primacy of disute resolution but only as an illustration, it does reflect the various premises that inform that model and that are challenged by structural reform" (FISS, Owen. Two Models of Adjudication. *In*: GOLDWIN, Robert A. SCHAMBRA, William. How Does The Constitution Secure Rights? Aei Press, 1985, p. 37-38).

completa modificação da litigância e das formas de atuação do Poder Judiciário perante questões altamente complexas.

Esses fatores, elencados de forma exemplificativa, transformaram a atuação do Poder Judiciário, que passou a decidir questões de larga repercussão política e social, com a transferência para os tribunais da decisão sobre questões normalmente afetas aos outros Poderes. Trata-se do fenômeno da judicialização, definida por Barroso da seguinte maneira:

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.[59]

Portanto, a judicialização, no contexto brasileiro, é uma circunstância que decorre do próprio modelo constitucional adotado, e não um exercício deliberado de vontade política, sendo um fenômeno natural. Diferentemente da judicialização, tão comum na atualidade e a este muito próximo, há o ativismo judicial. O ativismo judicial é uma atitude[60], a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance, como se observa no julgamento de casos emblemáticos, como o Roe *vs.* Wade[61], no direito norte-americano, e nas inúmeras decisões envolvendo a distribuição de medicamentos não autorizados pela Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), como no caso envolvendo a distribuição da "pílula do câncer"[62].

O ativismo judicial, portanto, pode ser assim definido:

> A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.[63]

---

[59] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Vol. 5, n° 1. Universidade do Estudo do Rio de Janeiro, 2012, p. 24.

[60] BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo Judicial y Participación en la Construcción de lãs Políticas Públicas. Civil Procedure Review, Vol.1, n°.3, p. 46-74, sep/dec, 2010.

[61] O caso Roe vs. Wade, 410 U.S. 113 (1973) foi julgado pela Suprema Corte norte-americana, que reconheceu o direito ao aborto nos Estados Unidos, fixando os limites temporais para a realização da interrupção voluntária da gravidez.

[62] ZEBULUM, José Carlos. O julgamento do caso da fosfoetanolamina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federa Revista de Direito Sanitário, São Paulo v.17 n.3, p. 212-223, nov. 2016/fev. 2017.

[63] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Vol. 5, n° 1. Universidade do Estudo do Rio de Janeiro, 2012, p. 25-26.

Após traçar um breve panorama atual da judicialização e do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, Barroso elenca três objeções opostas ao ativismo: risco para a legitimidade democrática; risco de polarização da política; e risco quanto à capacidade do Judiciário e seus limites. As objeções acima têm a ver com a ausência de adequação e a própria capacidade do Poder Judiciário de decidir questões não tradicionalmente afetas a sua agenda e a seus limites e com a falta de legitimidade democrática, tão cara aos outros dois Poderes.

Contudo, no âmbito do processo estrutural e diante de todas essas questões, como será demonstrado ao longo desta pesquisa, em situações concretas complexas, de caráter constitucional e envolvendo políticas públicas, o Poder Judiciário terá que atuar de forma mais ativa, com a intenção de implementar e transformar o âmbito judicial em um *locus* dialógico para formação da decisão.

Há, aqui, uma mudança de postura, de pensamento, com a finalidade única de se buscar uma adequada tutela de direitos frente a uma litigiosidade diferenciada, na qual discussões acerca de judicialização ou ativismo judicial deverão ser contornadas em função de uma atuação dialógica e participativa de vários atores na seara processual.

O Poder Judiciário é instado, de forma direta, a enfrentar essas questões, sendo-lhe vedado não decidir (vedação do *non liquet*), o que demanda o desenvolvimento de mecanismos aptos para o tratamento desses litígios. Não se trata da quebra na separação de poderes, com o Poder Judiciário decidindo questões que normalmente não lhe são afetas, mas uma mudança de paradigma.

Litígios estruturais não podem ser enfrentados de forma solipsista e tratados com base nos tradicionais mecanismos processuais existentes, cabendo ao Poder Judiciário desenvolver um diálogo institucional, mecanismos de execução flexíveis e uma predisposição ao consenso, de forma complementar a atuação dos demais poderes, ao invés da simples adjudicação de direitos pela via condenatória/sancionatória. Ademais, as medidas implementadas devem ser proporcionais à realidade de cada caso concreto, inexistindo uma fórmula previamente estipulada para o tratamento desses litígios, voltando a preocupação para as circunstâncias colaterais que circundam o caso concreto, para a falha das instâncias ordinárias e para a possibilidade de alcançar efetividade.

O processo estrutural é uma das formas de adjudicação de direitos capaz de dar resposta adequada a este problema, relevando-se diverso do modelo processual bipolar, como algo *sui generis*. No âmbito dessa nova tipologia de litígios, o juiz exerce um papel mais

ativo, com funções diferenciadas e garantistas[64], com um claro vínculo constitucional e baseado no modelo constitucional democrático de processo. Ao mesmo tempo em que o juiz resolve o litígio, o juiz repensa toda uma estrutura burocrática, mas nunca de maneira solipsista e não exercendo a função do administrador público.

Dessa forma, a atuação do Poder Judiciário brasileiro em políticas públicas e em casos complexos é necessária para a completude deôntica do modelo garantista, mas de forma complementar, nunca avocando funções precípuas de outros poderes.

3. Dos litígios aos Processos Estruturais

Atualmente, no âmbito da sistemática processual brasileira, vem se desenvolvendo uma nova metodologia processual voltada para a tentativa de tratar adequadamente os litígios de interesse público. Com espeque na experiência norte-americana, a partir do início na década de 1950, uma nova tipologia de litígios, demarcada por características e objetivos próprios, está em voga atualmente no Direito brasileiro.

Os litígios estruturais, espécie do gênero litígios de interesse público, marcados pela necessidade de implementar uma nova forma de adjudicação de direitos, a reforma estrutural, na qual há a busca pela significação de valores constitucionais na operacionalização de organizações ou instituições burocráticas.

Diferente dos conflitos bipolarizados/individuais, estes litígios acabam por demandar uma nova realidade processual, de modo a imprimir a tutela jurídica que melhor se amolde às peculiaridades do conflito.

Nesse cenário, o Processo Civil classicamente concebido precisará amoldar-se às peculiaridades dessa nova tipologia de litígio, o que impactará diretamente a própria teoria do processo e os institutos do Direito Processual Civil. Defende-se, portanto, um processo estrutural, com pressupostos e fundamentos próprios.

---

[64] "Não há que se falar, desta forma, de ofensa à separação de poderes. Assim, o que realmente diferencia os poderes é a tônica de sua legitimidade, ou seja, exercerem a sua legitimidade a partir da representação popular (Executivo e Legislativo), ou a partir da Constituição e das leis (Poder Judiciário e demais instituições de garantia dos direitos fundamentais, como as agências reguladores e o Ministério Público). As funções de garantia estão, desta forma, diferenciadas das funções de governo porque atuam para a conformação da margem do decidível, colocando-lhe limites e vínculos definidos pelos direitos fundamentais. Trata-se dos limites e vínculos desenhados pela esfera do "não decidível que" (direitos de liberdade) e do "não decidível que não" (DIDIER, Fredie. ZANETI, Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandre. Notas sobre as decisões estruturantes. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 364).

Dessa forma, para se compreender essa nova tipologia de litígios e suas imbricações na seara processual, é necessário proceder a uma caminhada dos litígios aos processos estruturais.

3.1 Os litígios de interesse público

As diversas transformações do Direito Processual, em especial após a 2ª Guerra Mundial, são significativas da emergência de um novo modelo de litigância civil, de crescente influência atualmente. Diferente do modelo clássico de solução de controvérsias, de matriz individual bipolar, o tratamento desses novos litígios tem por objeto a efetivação de políticas públicas e a consagração de valores constitucionais.

Para tanto, há uma transformação e ampliação das funções jurisdicionais para a apreciação de conflitos de interesse público. Deixa-se de realizar uma justiça eminentemente corretiva, de cunho meramente individual[65], passando-se à apreciação de interesses sub-representados na sociedade[66], especialmente naqueles conflitos envolvendo os denominados direitos de grupo (direitos coletivos *lato sensu*).

Evidenciam-se, pois, os litígios de interesse público, marcados pela busca de efetivação de direitos fundamentais coletivos e individuais, baseados em premissas e caracteres diversos dos litígios individuais.

> Com isso, verifica-se o surgimento do novo modelo processual (ou de adjudicação judicial, para usar a expressão usual na literatura norte-americana), baseado em premissas funcionais e estruturais diversas, que se afastam e se opõem àqueles atributos apontados anteriormente. Entre as principais características desse novo modelo está a de que o objeto da ação judicial não é a disputa entre indivíduos privados sobre direitos privados, mas uma reclamação sobre a operação de uma política pública.[67]

Nos Estados Unidos da América, as expressões *public interest law* e *public interest litigation* são bastante usuais para designar aquelas situações nas quais o direito é relacionado ao interesse de uma coletividade, em oposição àquelas normas de interesse

---

[65] "Os processos coletivos servem à "litigância de interesse público" (LIP); ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade" (DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 36).

[66] "Trata-se, na verdade, do reconhecimento de uma necessária ampliação das funções jurisdicionais para apreciação de interesses que permaneciam sub-representados na sociedade, os quais, sem essa abertura da justiça cível, quedar-se-iam sem a devida representação" (SALLES, Carlos Alberto. Processo Civil de Interesse Público. WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017, p. 210).

[67] SALLES, Carlos Alberto. Processo Civil de Interesse Público. WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017, p. 223.

individual.[68] Este é o entendimento que se adota para a definição do que seriam os litígios de interesses públicos.

É equivocado o entendimento de que nestes litígios se visaria tutelar exclusivamente o interesse do Estado como órgão. Ao contrário, tratam-se, nestes casos, de litígios complexos e multipolares[69], nos quais há a constatação de uma lesão direta aos interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, voltando-se, por isso, para a apreciação de interesses de uma coletividade que, em muitos casos, não tem voz nem vez.

Na esteira da análise dos precedentes norte-americanos, firmados a partir da década de 1950, como o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Holt v. Sarver*, observa-se que esses litígios são demarcados por serem polimorfos e altamente mutáveis. Além disso, lhes é comum a formação de pretensões jurídicas futuras, que tem por objeto a concretização de direitos fundamentais violados de modo sistémico, necessitando de uma forma totalmente diversa e adequada de tutela jurídica.[70]

Abram Chayes, com precisão, esclarece assim as características dessa nova tipologia de litígio:

> Con la desaparición de la estructura clásica de partes, las cuestiones de hecho ya no se encuentran finamente trazadas a partir de la confrontación entre dos adversarios, uno alegando su existencia y el otro negándola. El litigio es, por lo general, extraordinariamente complejo y se extiende en el tiempo mediante una interacción continua e intrincada de los elementos fácticos y jurídicos. Resulta apenas viable, y frente a la ausencia del jurado lisa y llanamente innecesario, reservar un tiempo para una "fase de enjuiciamiento" en la que se presentarán todos los elementos fácticos relevantes. El alcance de la indagación y determinación de los hechos, así como el volumen total del material fáctico que puede salir a la luz en la etapa de discovery, presentan enormes problemas de organización y asimilación. Todos estos factores obligan al juez a adoptar un rol activo a los fines de dar forma, organizar y facilitar el litigio.[71]

---

[68] SALLES, Carlos Alberto. Processo Civil de Interesse Público. WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017, p. 194.

[69] "Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicos. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio" (LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. Repercussões do novo CPC – processo coletivo. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 97-98).

[70] "De fato, esse precedente reúne todas as características essenciais daquilo que se convencionou chamar *public interest litigation*: uma demanda multipolarizada, orientada para o futuro, formada por pretensões difusas, baseada em direitos fundamentais cujo conteúdo requer concreção, que visa à reforma de uma instituição social, cuja implementação exige ações diferidas no tempo, que não se esgotam com a prolação da sentença, conduzida por juiz e partes em cooperação. Ou, de modo mais sintético, "*the process whereby organizations or individuals use litigation in the high courts to enforce colletive rights or to influence social chance*" (VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 304).

[71] CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law litigation. 89 *Harv. L. Rev*. 1281 (1976). Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic publicada en *Revista de Processo*. N. 268, junho 2017, p. 19.

Assim, em litígios de interesse público se observa um *derecho de desestabilización*, como apontado por Sabel e Simon[72]; ou seja, um direito de desmascarar ou desmantelar uma instituição. Existem pretensões de mobilizar e abrir instituições públicas ou privadas que cronicamente falharam em cumprir suas obrigações por meio da efetivação de uma intervenção do Poder Judiciário, sendo que a seara processual precisa se adaptar e criar mecanismos para propriciar esses objetivos.

Nesse cenário, faz-se um recorte necessário, fixando-se que o objeto deste estudo concentra-se em uma espécie dos litígios de interesse público, os litígios estruturais, marcados pela adjudicação de direitos por meio da realização de *structural reforms*.

3.2 Litígios estruturais

Os litígios estruturais são qualificados por demandarem intervenções judiciais que expandem o território judicante para além dos interesses das partes, como assevera Mariela Puga[73], na esteira das características típicas dessa nova tipologia de litígios.

No Brasil, especialmente após a evolução processual atinente aos direitos coletivos e a promulgação da CRB/88, com o fenômeno da constitucionalização de novos direitos, observou-se uma verdadeira expansão das fronteiras do Poder Judiciário, tornando-se os litígios de interesse público mais corriqueiros.

Nesse cenário[74], os litígios estruturais representam uma nova tipologia de litígio, que apresentam características próprias e não pode ser simplesmente enquadrado nos limites

---

[72] "Un derecho de desestabilización, en el derecho de interés público, es un derecho a desenmascarar o desmontar una institución cuando, en primer lugar, no satisface los estándares mínimos de desempeño adecuado y, en segundo lugar, tiene una inmunidad sustancial respecto de los mecanismos políticos convencionales para corregir ese incumplimiento. En el patrón típico de una demanda moderna de interés público, la demostración (o admisión) de responsabilidad genera un proceso de negociación y deliberación supervisadas entre las partes y otros interesados. El resultado característico de este proceso es un régimen de reglas continuas o provisionales que se revisan periódicamente en función de evaluaciones transparentes sobre su implementación" (SABEL, Charles F.. SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: el triunfo del litigio de interés público. Traducción al español de María Emilia Mamberti publicada en *Revista de Interés Público*. V. 2, 2017, p. 55).

[73] PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N. 2, 2014, p. 3.

[74] "The expanded roles and novel processes that have evolved in the contexto of public law remedial decisionmaking represent na attempt to respond to the chalenges posed in developing na affirmative plan to redress ongoing constitucional and statutory violations involving complex institutions. They deviate substantially from the roles and process involved in traditional adjudication" (STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1377).

da lógica bipolar ou de uma determinada categoria de litígio comum, o individual ou o coletivo.[75]

Esses litígios, em razão de sua matriz constitucional[76], surgem na sociedade em função da dificuldade de fruição de valores públicos reputados juridicamente relevantes e da ampla dificuldade de apreensão e efetivação de direitos fundamentais, relacionados a questões de amplo espectro.

Diversos são os exemplos de casos complexos que envolvem questões constitucionais socialmente relevantes, como, meio ambiente, saúde, educação, sistema carcerário e trabalho. Essas questões são visíveis em casos emblemáticos, como, a catástrofe ambiental ocorrida em Mariana/MG e o conflito da ACP do Carvão de Criciúma[77], além de dois casos que serão tratados neste estudo, o da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto e o do Carnaval de Ouro Preto.

Esses litígios têm por elemento marcante a adjudicação de direitos por meio da implementação de uma reforma estrutural, levada a cabo por meio de comandos judiciais experimentais e prospectivos, sempre com a finalidade de dar significado a valores públicos constitucionais reputados relevantes na operacionalização da burocracia de organizações públicas ou privadas.

Parkin, referindo-se às organizações governamentais, afirma:

> Institutional reform litigation has been part of the American legal landscape for over sixty years. Whether referred to as "institutional reform litigation," "structural reform litigation," or "public law litigation," this type of lawsuit seeks court-ordered injunctions aimed at reforming the day-to-day operation of government institutions that are accused of committing systemic violations of the law.[78]

---

[75] "Como se verá más adelante, esta litis estructural puede juzgarse tanto en un proceso con reglas procesales colectivas, como en un procedimiento no-colectivo. No obstante, sólo se justificará la aplicación de las reglas del proceso colectivo, cuando en él se juzgue una litis estructural. Es decir, el proceso colectivo presupone el juzgamiento de un caso estructural" (PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N. 2, 2014, p. 8).

[76] "The first factor is well-known and broadly discussed in the constitutional law literature: The Court must work out the logic of positions once taken, and it cannot easily withdraw from the implications of these positions. Thus, if "standing" to sue has been radically expanded so that many interests and individuals who in the past had no access to constitutional adjudication of their claims now have such access, a systemic change has occurred, and it is not possible to revert to an earlier, more restrictive view of "standing." Whether one calls it a constitutional revolution or not-and such excellent analysts as Philip Kurland argue that there was substantial continuity by the Warren Court with past rulings-the power to enter litigation has been greatly expanded in recent years, and new rulings have been laid down on substantive issues which ensure that a great deal of new litigation will ensue to establish their bounds" (GLAZER, Nathan. Towards an imperial judiciary?. *The Public Interest*, n. 41, 1975, p. 112).

[77] ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 2, 2015, p. 211-229.

[78] PARKIN, Jason. Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation. Vanderbilt Law Review, n. 70, p. 176.

Nesse contexto, para melhor compreensão dessa nova tipologia de litígio, passa-se a análise da nomenclatura adotada, de suas características e de dois casos emblemáticos nas experiências norte-americana e argentina.

3.2.1 Nomenclatura

Os litígios de caráter estrutural possuem diversas denominações, que são utilizadas indistintamente, sem qualquer preocupação com as consequências práticas e com as particularidades que cada uma das denominações traz para o conflito.

Logicamente, cada uma das denominações usuais supõe um enfoque particular e traz elementos marcantes para essa tipologia de litígio. Entre essas denominações, pode-se citar que estes litígios são, na esteira da doutrina de Mariela Puga: estruturais, coletivos, sistémicos, de impacto, estratégicos, de interesse público e medidas estruturantes, entre outros.[7980]

No presente estudo, considerando as características dessa nova tipologia de litígios e, principalmente, o modelo de adjudicação pelo qual se pretende implementar direitos, a reforma estrutural, será escolhida a denominação litígios estruturais.[81]

> La expresión "litígio estructural" o "caso estructural" califica interevenciones judiciales que, de algún modo, expanden em território de ló justiciable. En nuestro pais, tal expansión pareciera montada sobre los rieles institucionales diseñados por la reforma constitucional de 1994, em particular sobre las acciones y el nuevo catálogo de derechos constitucionales. Quizás por ello, la dodctrina nacional tiende a analizar este tipo de litígios partiendo preferentemente de conceptos como "litígio de derecho socialies", o "acciones colectivas", antes de la ideia de litígio estructural aqui propuesta.[82]

Ademais, a escolha da terminologia *litígio* em detrimento de *conflito* se deve à juridicidade do termo e à aposição da situação conflituosa à apreciação do Estado. Renato

---

[79] "Los juristas califican a estos casos de distintos modos: estructurales, colectivos, sistémicos, agregativos, de impacto, estratégicos, redistributivos, acciones de clase, casos de interés público, litigios públicos, demandas de derechos de segunda y tercera generación, litigio de derechos sociales, o simplemente, manifestaciones de un activismo judicial en ciernes, el que es producto de la expansión de la ideología neoconstitucional" (PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N. 2, 2014, p. 45).

[80] Outra expressão comumente utilizada para denominar essa categoria de litígio é estruturante, não citada por Mariela Puga em sua pesquisa.

[81] "Finalmente, la idea de "litigio estructural", como lo he sostenido en otra parte, se desarrolla desde la perspectiva de la teoría del derecho, y en particular, enfatiza la tipología causal que se refleja en la atribución de responsabilidad por un agravio jurídico. Aquí no importa qué derecho se invoca, ni qué reglas procesales se aplican al caso. Lo relevante es qué caso resuelve la justicia en la litis" (PUGA, Mariela. La Cuestión Terminológica: Litigio estratégico, de impacto, complejo, de interés público, estructural… Libro de Ponencias del III Congreso Internacional y VI Jornadas de Administración y Justicia de la CABA).

[82] PUGA, Mariela. Litigio estructural. Tesis doctoral. Faculdad de Derecho de la Universidade de Buenos Aires. Registro em la DNDA: 12/06/2013, p. 13.

Beneduzi explica que "litígio, diferentemente, é um conceito jurídico. Litígio, com efeito, é o conflito juridicamente relevante, aquele dotado, em outras palavras, de juridicidade".[83]

No mesmo sentido, na seara processual, utilizar-se-á a denominação "processo estrutural", mantendo a congruência com a nomenclatura prévia dessa nova tipologia de litígio.

3.2.2 Características

Os litígios estruturais possuem características/elementos típicos, que os diferem dos litígios tradicionalmente conhecidos, individuais ou coletivos, submetidos à metodologia binária (ou dual) do processo civil clássico.

São potenciais aspectos desse tipo de litígio, que, necessariamente, não se põem sempre na mesma extensão e intensidade, variando conforme o direito material e as circunstâncias concretas, que evidenciam o distanciamento dos litígios bipolarizados.

Dentre as características dos litígios estruturais, destacam-se as seguintes:

> **(1)** *La intervención de múltiples actores procesales.*
> **(2)** *Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son representados por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados.*
> **(3)** *Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una política o práctica (pública o privada), una condición o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea.*
> **(4)** *Una organización estatal o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos.*
> **(5)** *La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales.*
> **(6)** *Pretensiones que involucran la redistribución de bienes.*
> **(7)** *Una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada.*[84]

Roberto Omar Berizonce, ao discorrer sobre os litígios de interesse público, também elenca algumas de suas características gerais:

> a) [...] el activismo procedimental y la ampliación de los poderes del juez, y especialmente por la possibilidad del dictado de medidas de urgencia [...]
> b) El método dialogal [...] que "expone" a las partes y las compromete en la búsqueda de soluciones consensuadas al diferendo. [...]. Se trata – como se há señalado – de um modelo normativo baseado en la institucionalización de procedimentos democráticos, un verdadero paradigma cooperativo de administración de justicia.

---

[83] BENEDUZI, Renato Resende. Teoria Geral do Litígio. *In* O novo processo civil brasileiro: Temas relevantes - Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux: volume 11. 1ª Ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 423.

[84] PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, n. 2. Nov.2014. p. 46.

> c) La decisión judicial no se esgota en un "trancher" que dirima el conflito hacia el pasado, sino que comúnmente se proyecta hacia el futuro y habitualmente tende a incidir en las políticas públicas del sector involucrado.
> d) El "diálogo", al cabo de la sentencia, pervive y se profundiza para facilitar el cumplimiento o la ejecucion de lo decidido. [...] La ejecución pasa a constituirse en una etapa de continua relación entre el juez y las partes, un vínculo de supervisión a largo plazo que perdura hasta la satisfacción efectiva de los derechos reconocidos en la sentencia. [85]

Podem-se, ainda, apontar as características identificadas por Susan Storm, as quais explicariam a tendência não adversarial e participativa dos litígios de caráter estrutural.

> I have identified several characteristics of public law remedial decisionmaking that explain this tendency to employ non adversarial, participatory mechanisms:
> 1. Because the relevant liability norms consist of generally articulated, aspirational norms to be implemented in differentiated contexts, they do not dictate the content of the remedy in particular cases;
> 2. The type of fact-finding needed to devise remedial judgments in predictive and aimed at problem solving rather than at determining truth and responsibility;
> 3. The targets of remedial activity tend to be organizations and systems involving participants with differing perspectives on, and interests in, the remedy; and
> 4. Participation in the formulation of a remedy serves an independent value because of the importance of cooperation and respect for the authority of public entities in achieving compliance.[86]

Em suma, esta nova tipologia de litígios é marcada pela existência de uma causalidade complexa e policêntrica, na qual existem diversos interesses imbricados, mesmo que antagônicos, que têm por causa a existência de violações estruturais de direitos em organizações/entes burocráticos públicos ou privados.

Além disso, esses conflitos são marcados pela tentativa de implementar uma reforma estrutural, de caráter experimentalista, com finalidade prospectiva e de modificação de um *status quo*.

Dessa forma, para se compreender os litígios estruturais é imperioso aprofundar-se em suas características, que delimitam o modo de ser desses litígios e reverberam na esfera processual.

3.2.2.1 Causalidade complexa

Em litígios estruturais, a causalidade se apresenta de forma extremamente complexa, distanciada da lógica bipolar e retrospectiva (A e B) de conflitos individuais. Não significa dizer que esses conflitos não apresentam algum grau de complexidade, mas esta é, certamente, diversa em litígios estruturais.

---

[85] BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 268/269.
[86] STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1377.

Mesmo que voltada para o passado em algum aspecto, essa nova tipologia de litígio envolve com problemas de amplo espectro, multicausais e multipolares, ligadas a violações sistêmicas de direitos, que podem ter como causa o conjunto de práticas e dinâmicas de uma organização burocrática.

Observe-se que nesse cenário não se está analisando uma conduta particularizada, que poderia isoladamente ser até lícita, mas, sim, toda o sistema de violação de direitos.

A multicausalidade, então, é marcada pela existência de diversas condutas praticadas por pessoas diferentes em momentos distintos. Essas condutas terminam por causar os resultados sem poder precisar com exatidão o agente responsável por estes ou a medida de sua culpabilidade.

Mariela Puga evidencia esse quadro ao ressaltar que a complexidade causal desses litígios decorre da maneira como determinados fatos em conjunto são fontes da violação de direitos, relegando a um segundo plano as questões atinentes à responsabilidade pessoal e à figura do agente do ilícito. O foco é outro; é no resultado, na tentativa de cessar essa violação, modificando a realidade burocrática daquela organização.

> (...) el juicio causal estructural privilegia la consideración en torno a la manera en que ciertos hechos complejos (imbricados) resultan la fuente de la vulneración de derechos o constituyen ellos mismos una violación de derechos, relegándose a un segundo plano consideraciones relativas a cómo las conductas humanas distinguibles causan, producen, o contribuyen de forma particularizada a la configuración de esos hechos.[87]

Ressalte-se que estas causas dos litígios estruturais são múltiplas e prolongadas no tempo, não sendo pontuais e facilmente individualizadas. Isso é visualizado no caso Mendoza, na Argentina, relativo às diversas violações de direitos observadas com a emissão de poluentes na bacia-hidrográfica Matanza-Riachuelo[88].

Neste caso, que será aprofundado posteriormente, o conflito tem antecedentes no começo do século XIX e envolve cinco milhões de pessoas, quase vinte mil indústrias e a existência de contaminação de diversos agentes químicos por 64 quilômetros de bacia, entre outras questões.

Cada um dos elementos que compõem essa demanda tem sua importância e particularidade, sendo que o dano existente é proveniente de anos e anos de condutas que

---

[87] PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N. 2, 2014, 59.

[88] VERBIC, Francisco. El caso "Mendoza" y la implementación de la sentencia colectiva. Jurisprudencia anotada. Corte Sup., 8/7/2008 - Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros. JA 2008-IV-336 - SJA 29/10/2008. Disponível em https://www.academia.edu/3715762/El_caso_Mendoza_y_la_implementaci%C3%B3n_de_la_sentencia_colectiva

contribuíram para a contaminação da bacia de modos diversos, não sendo possível precisar o grau de responsabilidade de cada agente poluidor, que seria mínimo perto do problema global.[89]

Ademais, nesse conflito as condutas reiteradas no tempo causam consequências diferentes e em graus de danos diferentes, atingindo grupos em uma escala totalmente única para cada caso. Não há uma fórmula para se aplicar qualquer regra em litígios estruturais marcados pela causalidade complexa, sendo que cada um possui suas peculiaridades e deve ser tratado com vistas a garantir a melhor tutela aos direitos materiais violados.

Dessa maneira, a tutela de litígios estruturais deverá ser diversa de conflitos entre A e B, para considerar de forma mais ampla e conjunta o problema[90], com o foco voltado para o futuro e para o resultado, bem como para tentar modificar e propiciar tratamento adequado a uma situação de violação de direitos.[91]

3.2.2.2 Policentria

Os litígios bipolares são marcados pela clássica disputa adversarial das partes ou polos do conflito, que competem perante o juiz, um árbitro que solucinará o conflito com base em eventos do passado. As partes assumem uma posição adversarial, em que uma busca uma pretensão, uma posição jurídica, e a outra resiste a essa pretensão.

De forma diametralmente oposta, os litígios estruturais se apresentam como policêntricos, com uma clara imbricação de interesses, todos relacionados e dependentes entre

---

[89] Mariela Puga, ao desenvolver a temática da causalidade complexa, faz uma construção gráfica desse cenário, em que A seriam os inúmeros agentes violadores existentes e S o resultado do dano causado pela conduta reiterada no tempo desses agentes, chegando à seguinte conclusão: "Todas las variantes que A puede ofrecer, reflejan un escenario al que la teoría califica de "multicausal". Cada uno de los agentes mencionados aporta conductas que son condiciones sine qua non, todas ellas necesarias, pero ninguna suficiente per se para conducir al resultado "S" (aunque alguna sea suficiente para producir cierto distinguible hecho dañoso)" (PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N. 2, 2014, 59).

[90] Em litígios estruturais, o problema poderá ser segmentado, individualizado, porém a análise não vai ser fragmentada, mas conjunta, considerando o problema de modo integral.

[91] "O foco, diferentemente, está no futuro, no sentido de procurar modificar a situação de violação de direitos. Os esforços têm de ser direcionados à busca de soluções, a qual é realizada com menor dificuldade quando não é empregada a "lógica da culpabilização". Inclusive porque muitos casos estruturais trazem incertezas empíricas, não somente aquelas relativas à contribuição de cada um, mas também quanto aos meios que seriam realmente efetivos para solucionar o problema (ou qual seria a solução, o ponto final), é problemática a lógica de "caça aos culpados", especialmente porque, ao contrário de estimular a construção de um caminho viável, pode gerar resistências desnecessárias, obstaculizando a alteração do status quo de vulneração de direitos" (FERRARO, Marcella Pereira (2015). Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Brasil, p. 23).

si e, muitas vezes, antagônicos, como a metáfora da teia de aranha, utilizada por Fuller[92], a qual representa com exatidão o que é um litígio com fisionomia policêntrica.[93] Ou seja, existem vários polos, interconectados, em que cada tensão existente em um destes repercute nos demais, de modo diverso e não previsível. Tais polos estão imbricados, conectados, sendo que a pretensão de cada um nesta tipologia de litígios repercutirá em suas múltiplas interseções ou centros de confluência.

Nesse cenário, qualquer decisão proferida terá repercussões complexas e imprevisíveis em toda a cadeia de interconexões entre os polos, sendo que um dos maiores desafios em litígios dessa natureza é tentar atingir o maior número possível de interesses.

Utilize-se como exemplo o caso do desastre de Mariana/MG, no qual há uma infinidade de polos de interesses, muitas vezes, não convergentes (trabalhadores, indígenas, empresas, comunidades ribeirinhas, pescadores, produtores rurais e comerciantes, entre outros), todos conectados a um mesmo centro, o desastre, e que sofrem a repercussão de qualquer medida ou tensão sofrida por algum desses polos.

Pense-se nos benefícios que a reabertura das empresas na região poderia ocasionar a determinados grupos sociais e quantos desses grupos são favoráveis a esse funcionamento. Mas, ao mesmo tempo, outros grupos sociais têm interesses diversos, como a proibição do funcionamento das empresas na região, ou com determinadas particularidades, como a imposição de condicionantes, o que acaba por criar uma rede de interesses imbricados, que devem todos, se possível, serem levados em consideração.

Assim, a policentria coloca em evidência a complexidade dos litígios estruturais e a importância de um tratamento adequado a essa nova tipologia de litígios, como bem pontua Marcella Ferraro:

> Nessa linha, mostra-se pertinente a ideia de que "a policentria é uma forma de explicação ou significação dos acontecimentos que assume a complexidade deles". Apesar de ser possível visualizar elementos policêntricos ou "graus de policentria" em praticamente todo caso submetido à apreciação do Judiciário, a ideia é útil, assim, para, por um lado, demonstrar a complexidade que os problemas estruturais apresentam; e, por outro, indicar a necessidade de que sejam no campo processual conformados como casos estruturais, não simplesmente como individuais ou coletivos bipolarizados. Veja-se que a análise das questões não deve ser feita de maneira fragmentada, pois isso pode acabar gerando, aí sim, irracionalidades. Os casos estruturais contam, então, com aspectos policêntricos que se sobrepõem aos

[92] FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978.

[93] Fuller não traz uma definição, como indicado, mas há outros que o fazem. Por exemplo: "Polycentricity is the property of a complex problem with a number of subsidiary problem 'centers,' each of which is related to the others, such that the solution to each depends on the solution to all the other" (FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. The Yale Law Journal, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982, p. 645).

> individuais e têm significativa relevância para que possam ser manejados de maneira adequada.[94]

Observa-se que essa característica permite visualizar elementos distintos dos litígios estruturais, conforme salienta Mariela Puga[95], voltados para a potencialidade da decisão judicial de expandir seus impactos para além dos atores processuais e a consideração dos interesses individuais como parte integrante de um sistema interconectado de múltiplas relações, que terão impactos em questões relativas a participação, a representação processual e a publicidade, entre outras.

Dessa forma, um litígio estrutural, multifacetado, poderá ser considerado praticamente impossível segundo a lógica bipolar individual clássica, na qual todos os indivíduos devem participar pessoalmente. Contudo, dada a multiplicidade de interesses existentes e de potenciais partícipes na relação jurídica de direito material, essa lógica processual é ultrapassada, sobressaindo uma estrutura participativa[96], por meios de mecanismos de representação adequada.

3.2.2.3 Violações sistêmicas de direitos

A atuação jurisdicional ganhou novos contornos com a alteração da realidade social, marcada pela existência de organizações burocráticas públicas e privadas. Nesse cenário, parte das violações de direitos decorre de um conjunto de práticas e dinâmicas institucionalizadas, no âmbito de uma causalidade complexa, o que revela o caráter sistêmico desses litígios.

São, portanto, violações sistêmicas de direitos[97], especialmente constitucionais, que dependem de uma reforma estrutural na burocracia da organização, em sua estrutura

---

[94] FERRARO, Marcella Pereira (2015). Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Brasil, p. 13.

[95] PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N. 2, 2014, 52.

[96] Stephen Yeazell denomina de *town meeting* o que seria esse modelo participativo no âmbito de litígios estruturais, salientando o caráter dialógico do processo para garantir a participação da sociedade, de modo geral, e contornar problemas relativos à legitimidade das decisões, à impossibilidade de participação direta dos interessados no conflito e à representação adequada destes interesses (YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. *UCLA Law Review*, vol. 25, p. 258, 1977). Para tanto, conforme Susan Storm, o juiz pode-se valer da realização de audiências e de eventos públicos para possibilitar a apreensão desses interesses e contornar esses problemas (STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, p. 1370, 1991). Estes pontos serão mais bem abordados no quarto capítulo, no qual se irá explorar a participação no processo estrutural.

[97] "En los litigios que distinguimos como estructurales, los jueces suelen reconocer como causa fuente de la violación de derechos a, por ejemplo, una regla jurídica, una política institucional compuesta de múltiples prácticas, y/o a una condición o situación social. De acuerdo a los términos de la teoría tradicional, el vínculo

como instituição, para fazer cessar essas violações. De outro lado, os litígios de caráter bipolar são preocupados com a consequência, e não com a causa, sendo marcados por medidas pontuais que não têm o condão de cessar estas violações.

Marcella Ferraro, baseando-se parcialmente na sistematização realizada por Naomi Sharp[98], define algumas dessas formas de violação caracterizadas como estrutural.

> As características dessas violações, configuradas judicialmente como casos estruturais (nem individuais nem bipolarizados, portanto), podem, de modo geral, ser sintetizadas nos pontos abaixo, na sequência brevemente desenvolvidos:
> 1. As violações de direitos não são pontuais e isoladas – são dinâmicas e estão em curso;
> 2. Há alteração da estrutura das partes, de modo que o infrator põe-se como uma abstração e as partes afetadas são grupos;
> 3. O foco da preocupação quando se está pensando nesse tipo de violação não são as condutas específicas que inobservam direitos, mas o próprio contexto (background) em que acontecem;
> 4. Não ganha relevância a averiguação de intenções e culpa para configurar essa espécie de violação de direitos;
> 5. De modo geral, existe uma relação que se prolonga no tempo entre as vítimas e as instituições (frequentemente caracterizada por dependência ou compulsoriedade);
> 6. A causalidade é complexa, não havendo um "natural stopping point" na análise de suas causas.[99]

Como visto, as violações de direitos em litígios estruturais não serão pontuais e isoladas nem têm um caráter eminentemente retrospectivo e não são atribuíveis a um infrator determinado. Muito pelo contrário, embora possam até ser identificados os responsáveis pela conduta violadora ou, inclusive, as vítimas, a perspectiva a ser adotada é outra.[100]

Nessa nova tipologia de litígios, embora os fatos passados sejam levados em consideração, a ideia de violação é prospectiva, dinâmica e sistêmica, como bem aponta Owen Fiss:

> O objeto da medida estrutural não é eliminar a "violação" no sentido implícito no princípio determinante, mas eliminar a ameaça imposta pela organização aos valores constitucionais. O termo "violação" somente poderá ser usado para descrever o objeto da medida, se for entendido em um sentido sistêmico, dinâmico e

---

causal en estos casos se presenta a veces de manera mediata y hasta remota, difusa, multifacética e incluso múltiple. Es más, no siempre los antecedentes causales son subjetivamente atribuibles a un productor/causante, y puede ocurrir que quien sufre las consecuencias causales haya también contribuido en su producción.He aquí el carácter predominantemente complejo de la causalidad estructural" (PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N. 2, 2014, p. 58).

[98] SHARP, Naomi. Wrongful System Rights Violations and the Potential of Court-Sponsored Structural Reform. 1999. 208p (Mestrado). Universidade McGill, Montreal, Canadá, p. 45.

[99] FERRARO, Marcella Pereira (2015). Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Brasil, p. 14-15.

[100] "La remediación no es concebida como una compensación por una actividad ilícita ocurrida en el pasado que se deriva lógicamente de la responsabilidad establecida por el derecho de fondo, ni sus efectos están restringidos a las partes; por el contrario, mira hacia adelante, está diseñada ad hoc sobre bases amplias y flexibles, y en general provoca importantes consecuencias para muchas personas, incluyendo aquellas que no han formado parte del proceso" (CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law litigation*, 89 Harv. L. Rev. 1281 (1976). Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic publicada en *Revista de Processo*, n. 268, junho 2017, p. 23).

> prospectivo. Deve-se compreender, ainda, que existem muitos caminhos para a eliminação da ameaça (violação, para os que assim preferem).[101]

Assim, a identificação desse gênero de violações de direitos não se faz com base em fatos do passado e em condutas individualizadas, mas em um conjunto de fatores que contribuem diretamente para a existência de uma violação estrutural. Isso é, a real apreensão da amplitude da demanda para a tutela adequada dos direitos depende de uma macroanálise, com foco na condição social afetada pelas organizações, e não em situações pontuais dela derivadas que evidenciam a existência dessas violações, como pontua Owen Fiss.[102]

A análise do contexto, de todo o *background* da estrutura burocrática, é essencial para se determinar a existência de uma violação estrutural de direitos, sendo insuficiente a análise particularizada de cada incidente. Ainda, há que se considerar que as causas são múltiplas e complexas, envolvendo diversos atores e polos de interesses, o que aumenta a dificuldade de determinar essa situação de violação.

Note-se, portanto, que essas violações têm um caráter muito peculiar, não se encaixando na lógica de conflitos bipolares[103], razão pela qual a compreensão dessas violações e da forma de tutela depende diretamente de uma outra racionalidade, mais adequada ao tratamento de litígios que tem estes elementos.

3.2.2.4 Prospectividade

Em litígios estruturais, por conta de sua natureza e da forma diferenciada de adjudicação de direitos, a *structural reform*, a compreensão do conflito e das violações

---

[101] FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 164.

[102] FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 136.

[103] "In the face of wrongful system rights violations, the catchphrase has emerged that 'systemic [rights violations] requires systemic remedies'. What, however, are systemic remedies? At the very least they must be remedies which aim to reform a system. As discussed in Chapter 2, wrongful system conceptions of rights violations are characterized by both ongoing rights violations, and an ongoing, often compulsory, relationship between the wrongful system and the victims of rights violations. This immediately indicates that remedies in the nature of compensation, termination or nullification are inappropriate. A purely compensatory response would not address the underlying and ongoing wroness of the system and would leave victims vulnerable to continuing violations. Remedies of termination and nullification are also inappropriate because the victim will normally be dependent on the continuing functioning on the system. Given that the system must be preserved but its ongoing wrongfulness eliminated, the appropriate path to follow is one of reformation of that system" (SHARP, Naomi. Wrongful System Rights Violations and the Potential of Court-Sponsored Structural Reform. 1999. 208p (Mestrado). Universidade McGill, Montreal, Canadá, p. 47).

sistêmicas não tem um caráter eminentemente retrospectivo, pontual e isolado, como, em regra, nos litígios bipolares[104].

Muito pelo contrário, a análise e a compreensão da existência de violações de direitos conduzem a um enfoque prospectivo, em uma possível solução para o futuro, voltada especificamente para a cessação da violação sistêmica de direitos. Há aqui um afastamento entre a lógica da culpa e o remédio a ser aplicado, não havendo uma correlação direta entre estes, sendo que a abordagem será corretiva e distributiva[105], voltada ao futuro.

Nesse sentido, a função jurisdicional é outra, voltada para a operacionalização de uma reforma estrutural, na qual é inviável a imposição da lógica "soma zero", de restauração do *status quo ante* a qualquer custo. Diferentemente, o que se deve ter em mente nessa nova tipologia de litígios é que se parte de uma realidade concreta e complexa, a qual precisa ser desconstruída, para se atingir uma nova realidade, mais suscetível de adequação aos ditames constitucionais. Nas palavras de David Landau, está-se tratando de uma *institutional construction.*[106]

Por esse motivo, há uma conexão entre os tradicionais momentos processuais de conhecimento e de execução em litígios estruturais, porque o acertamento do direito, mesmo que importante, não é o ponto chave, mas sim a implementação da reforma estrutural, das medidas (*injunctions*) necessárias para a modificação da realidade burocrática da organização.

Assim, essa nova tipologia de litígios acaba por demarcar toda uma estrutura procedimental diferenciada e impacta diretamente a sistemática processual civil, como pontua Sergio Cruz Arenhart.[107] Considerando que os litígios estruturais envolvem violações que se

---

[104] Ressalva-se que determinados processos de natureza individual tem caráter prospectivo, como o mandado de segurança preventivo e os que têm por objeto tutelas inibitórias, entre outros.

[105] "Por otro parte, la mirada hacia el futuro de la decisión, la que se instancia en explicaciones de causalidades imbricadas y propósitos de justicia correctiva o distributiva, impone formas de fundar el resolutorio que le son peculiares. Las experiencias más sobresalientes de nuestra jurisprudencia permiten advertir que los litigios estructurales, lejos de plantearse como una competencia de suma cero entre dos polos enfrentados, tienden a estar entretejidos por acuerdos y confluencias entre las partes procesales, tanto en relación a los hechos, como a los ejes multicausales que estructuran la litis. Así que, lejos de encontrarnos con un juez árbitro entre dos versiones opuestas del conflicto, en los casos estructurales los jueces asumen una participación activa en el procedimiento, organizando, guiando y hasta facilitando el debate, cuando no imponiendo ya antes de la sentencia una versión del problema a debatir" (PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N. 2, 2014, p. 76).

[106] LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. Harvard International Law Journal, v. 53, n. 1, 2012, p. 449.

[107] "Talvez um dos mais importantes instrumentos nessa direção sejam as chamadas *structural injunctions*, concebidas pela doutrina norte-americana. Percebeu-se que muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado" (ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo.* Vol. 225, 2013. p. 03).

prolongam, o modo como se deve lidar com seus efeitos não pode ficar adstrito à prática clássica do passado/ilícito/reparação.

Nesses litígios, a lógica é diversa, voltada ao futuro, com a compreensão da existência de violações sistêmicas, sendo implementadas medidas de longa duração[108], voltadas à inibição de novas condutas e à reestruturação de uma realidade, as quais poderão não atingir as vítimas atuais das violações.[109]

Dessa forma, litígios de caráter estrutural têm por características a prospectividade e a determinação de ordens de implementação contínua e prolongada, voltadas ao futuro, sem a real fixação de um prazo para seu término.

3.3 Casos focalizados pela literatura: as experiências estadunidense e argentina

Passa-se agora a análise de dois casos específicos e emblemáticos, multicitados pela doutrina nacional e internacional, o *Brown v. Board of Education of Topeka e o Mendoza*, que tiveram lugar nos Estados Unidos e na Argentina.

Esses casos foram selecionados para análise em razão de sua importância no âmbito da temática envolvendo os processos estruturais e pela riqueza de detalhes que envolvem cada um. Os casos são os precursores da temática nos dois países, sendo essenciais para a compreensão da presente pesquisa.

3.3.1 O caso *Brown v. Board of Education of Topeka*

Em 1896, a Suprema Corte dos Estados Unidos havia julgado o caso *Plessy v. Fergunson*[110], tendo decidido pela possibilidade da existência de segregação racial, com base

---

[108] "The second necessary condition is durability. An institutional reform injunction must remain in force long enough to achieve its goals, typically to eradicate the unlawful behavior that was the basis for the underlying lawsuit. It is not enough for the injunction to compel a series of remedial steps and then immediately dissolve into the ether. Rather, the injunction must remain in effect and the court must retain jurisdiction to enforce the injunction as long as is required to bring the government institution into compliance with its legal obligations. Although institutional reform injunctions must eventually come to an end, the difficulty of reforming government institutions means that the injunctions may need to remain in place for an extended period of time" (PARKIN, Jason. Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation. Vanderbilt Law Review, n. 70, p. 181-182).

[109] Conforme registra NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. Harvard Journal of Law and Public Policy, v. 7, n. 2, p. 395-411, 1984, p. 402.

[110] "A importância do caso *Plessy v.Fergunson* é esclarecida por Tim McNeese ao referir que, quando Homer Plessy admitiu ser negro naquele vagão, embora pudesse passar despercebido, uma série de eventos foram desencadeados nos anos que se seguiram em virtude daquele fato, tornando-se este, que seria algo meramente

na doutrina do *separate but equal*, que atingiu diversos setores da sociedade americana e vigorou por mais de cinquenta anos até o julgamento do caso Brown.

O caso *Brown v. Board of Education – 347 U.S. 483 (1954)* se trata do julgamento pela Suprema Corte Americana de quatro ações coletivas ajuizadas em diferentes estados, ajuizadas entre (1951 e 1952), sendo a mais relevante a de Topeka City, no Kansas, por uma escolha realizada pela Suprema Corte. Em todos estes casos, crianças negras pleiteavam sua admissão em escolas públicas em um regime livre de segregação, após a negativa do remanejamento pelo Conselho de Educação estadual. Ou seja, o pedido nessas ações não estava adstrito a eventual indenização, mas consistia na implementação de iniciativas tendentes a erradicar a segregação racial no sistema público de educação norte-americano com base no reconhecimento da violação à 14ª emenda.

No caso específico da criança Linda Brown, observa-se que ela tinha que atravessar diariamente toda a cidade para estudar em uma escola pública de negros, sendo que havia outras escolas públicas próximas a sua residência, bem como restou constatada as diferenças de verbas, de estrutura e a dificuldade de locomoção, entre outras questões sensíveis, quando comparados os sistemas de escolas para negros e brancos.[111]

O julgamento ocorreu em 17 de maio de 1954, sendo proferido o voto pelo presidente da Suprema Corte, o *Chief Justice,* Earl Warren. Na *opinion* emitida, restou reconhecido que a segregação nas escolas públicas era inconstitucional, por violar a 14ª

---

corriqueiro, uma célebre causa julgada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. O caso Plessy foi finalmente julgado em 1896 pela Suprema Corte (...) Segundo relata Gerard W. Johnson, a lei reconhecida como constitucional pela Suprema Corte no caso *Plessy v. Fergunson*, que trazia o *slogan separate but equal*, durou 58 anos, não ficando adstrita apenas às ferrovias, mas espraiando-se para outros segmentos da sociedade, em especial nas escolas públicas" (McNeese, Tim. *Plessy v. Fergunson: separate but equal*. New York: Chelsea House Plublishers, 2007, p.12 e JOHNSON, Gerard W. *A Suprema Corte dos Estados Unidos*. Tradução de: Luiz Fernando. Rio de Janeiro: Record, 1964, p. 26-27 *apud* JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 74/75*)*.

[111] "No contexto de *Brown v. Board of Education*, mais de 50 anos depois da decisão prolatada em *plessy v. Fergunson*, o estado do Kansas permitia que cidades com mais de 15 mil habitantes adotassem o regime de escolas segregadas. Essa opção foi tomada pela Secretaria de Educação da cidade de Topeka, capital do estado, que contava com dezoito escolas primárias para crianças brancas e apenas quatro para crianças negras. (...) Tais circunstâncias faziam com que Linda Brown, uma criança afro-americana de sete anos de idade, tivesse que andar seis quarteirões para chegar ao ponto de ônibus e então percorrer mais 1,5 Km até chegar à escola destinada ao ensino apenas de crianças negras, sendo que uma escola para crianças brancas ficava a apenas sete quarteirões de sua casa" (SOUZA, Fernando Garcia. Política educacional – Suprema Corte dos EUA – caso *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954) – julgamento em 17 de maio de 1954. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 252).

emenda da Constituição norte-americana[112], instituindo-se a necessidade de uma reforma na estrutura burocrática do sistema educacional público do País.

Há que se asseverar que a decisão proferida em *Brown I*, como ficou conhecido o primeiro julgamento, não foi facilmente cumprida pela sociedade norte-americana, o que levou a Suprema Corte, em 1955, a emitir uma nova decisão, agora não vinculada ao reconhecimento de uma violação constitucional, mas à implementação da decisão proferida em *Brown I*. Nesse momento, em *Brown II*, observou-se o nascimento de uma nova forma de adjudicação de direitos, a reforma estrutural.

Owen Fiss, com precisão, reforça o papel de extrema importância do julgamento do caso Brown na Suprema Corte como o caso paradigma para o início das reformas estruturais nos Estados Unidos e para uma modificação do papel das cortes.

> Como um gênero de litígio constitucional, a reforma estrutural tem suas raízes nos anos 50 e 60 do século passado, quando a Suprema Corte norte-americana estava sob a presidência de Earl Warren e realizou-se um extraordinário esforço para colocar em prática a decisão no caso *Brown v. Board of Education*. Esse esforço exigiu das cortes uma transformação radical do *status quo*, na verdade, uma reconstrução da realidade social. As cortes tiveram de superar a mais intensa resistência e, ainda mais problematicamente, precisaram intervir e reestruturar organizações de grande portem os sistemas de educação pública. O imaginário era rural e individualista – a criança negra entrando em uma escola composta inteiramente por crianças brancas -, mas a realidade era claramente burocrática, especialmente em meados dos anos 60, quando o foco, e a nação, de um modo geral, mudou para os centros urbanos. [113]

Dessa forma, o caso Brown exigia uma transformação do sistema dual de escolas, extinguindo-se a doutrina do *separate but* equal, o que implicou uma reforma organizacional profunda da burocracia estatal. Por consequência, a eliminação da segregação ocasionou uma completa modificação do papel do Poder Judiciário, das concepções acerca da estrutura de partes e da relação entre as medidas judiciais e a implementação dos direitos, conforme preleciona Owen Fiss.[114]

---

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

[113] FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 121.

[114] "*Brown* exigia nada menos que a transformação dos 'sistemas duais de escolas' com escolas separadas para negros e brancos, em 'sistemas unitários de escolas, não raciais', o que implicava em uma reforma organizacional profunda. Tal transformação exigia novos procedimentos para a escolha de alunos; novos critérios para a construção de escolas; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transporte para acomodar novas rotas e novas distâncias; nova alocação de recursos entre escolas e atividades; a modificação do currículo; o aumento de verbas; a revisão dos programas desportivos das escolas; novos sistemas de informação para monitorar o desempenho da organização; e muito mais. Entendeu-se a tempo que o fim daquela segregação era um processo de transformação total, no qual o juiz encarregava-se da reconstrução de uma instituição social

Diferentemente do modelo clássico de solução de controvérsias, a reforma estrutural é caracterizada como outro tipo de adjudicação (*adjudication*)[115], distinto por envolver uma significação constitucional dos valores públicos e uma tentativa de reforma da burocracia das organizações públicas e privadas. Assim, o papel do juiz nesse modelo de processo seria o de atribuir significado constitucional aos valores públicos na operacionalização dessas organizações. Em ampla contribuição com o debate, em conjunto com as demais arenas de poder (Legislativo e Executivo), o Poder Judiciário tem o dever de definir os respectivos contornos e conteúdo desses valores públicos.[116]

Com a inauguração dessa nova forma de adjudicação de direitos, o Poder Judiciário, com o escopo de garantir a reforma estrutural, lançava mão das *injunctions*[117][118], o

existente. A eliminação da segregação exigia uma revisão das concepções formadas sobre a estrutura de partes, novas normas de controle do comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais" (FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 121).

[115] "A adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos. A chamada reforma estrutural – o assunto desse artigo – é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações. A reforma estrutural reconhece o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimento tradicionais para a nova realidade social" (FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 120).

[116] "A Constituição estabelece a estrutura do Estado, posto que cria órgãos e determina suas respectivas funções e seu inter-relacionamento. Identifica também dos valores que informarão e limitarão essa estrutura. Os valores presentes na Constituição norte-americana – a liberdade, a igualdade, o devido processo legal, a liberdade de expressão, de religião, o direito à propriedade, o cumprimento integral das obrigações contratuais, a segurança do indivíduo, a proibição a formas cruéis e incomuns de punição – são ambíguos, pois dão margem a um grande número de interpretações diferentes, via de regra conflitantes. Há, portanto, uma necessidade constitucional: dar-lhes um significado específico, definindo seus respetivos conteúdos operacionais, a fim de possibilitar a definição das prioridades a serem consideradas em caso de conflito" (FISS, Owen. As formas de Justiça. In: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 119).

[117] "Las injunctions, por el contrario, son un tipo distinto de remediación, aun cuando adoptan la forma de una orden negativa. Una orden judicial de este tipo es una prohibición actual y operativa, susceptible de ser ejecutada por medio de la fuerza, y es una medida mucho más coercitiva sobre la actividad del condenado que aquella implicada en el riesgo de una posible y futura responsabilidad derivada de la compensación dineraria. Además, la injunction es continua. A lo largo del tiempo las partes podrían recurrir al juez para obtener su cumplimiento o la modificación de la decisión original a la luz de un cambio en las circunstancias que dieron lugar a su dictado. Finalmente, mediante el dictado de una injunction, el tribunal asume públicamente la responsabilidad por cualquier repercusión adversa que la misma pudiera tener sobre terceros ajenos al proceso" (CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law litigation*, 89 Harv. L. Rev. 1281 (1976). Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic publicada en *Revista de Processo*, n. 268, junho 2017, p. 13).

[118] "As *structural injunctions* são um moderno fenômeno nascido da necessidade de desenvolvimento do direito constitucional, visto que a Suprema Corte norte-americana identificou na Constituição do país inúmeros direitos materiais cuja efetiva observância apenas poderia se dar pela supervisão judicial substancial, como, por exemplo, para verificar se os direitos humanos são respeitados em prisões ou hospitais para doentes mentais. (...) As *structural injunctions* alteram o padrão tradicional dos comandos judiciais, que normalmente tem por foco uma situação ocorrida no passado, que gera uma disputa a ser solucionada pelo Poder Judiciário através de uma decisão, sempre dentro dos limites estabelecidos pelos litigantes" (BAUERMANN, Desirê. *Strctural injunctions* no direito norte-americano. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 283-284).

meio de transmissão das diretivas de reconstrução. Essas *injunctions* seriam as chamadas "medidas estruturais", as ordens emanadas pelo juiz para implementar a decisão e tentar rearranjar a burocracia existente nas organizações, para eliminar as violações e ameaças de violações aos valores públicos constitucionais, como demonstra Owen Fiss.

Cumpre ressaltar que as modificações implementadas pela decisão proferida pela Suprema Corte não apenas decorreram do poder cogente do Poder Judiciário, mas também contaram com a enorme colaboração do avanço de movimentos negros, da modificação cultural de maior tolerância racial em alguns Estados norte-americanos e da conquista de novos direitos, entre outros fatores, como levantado por Marco Félix Jobim.[119]

Nesse cenário de total transformação, após a decisão proferida no caso *Brown* e o início dos processos de matriz estruturais, outras diversas instituições burocráticas sofreram reformas estruturais, podendo-se citar os hospícios, as prisões[120] e a polícia, entre outros, com vistas a garantir a adequação dessas instituições às diretrizes constitucionais.

3.3.2 O caso *Mendoza*

A partir da década de 1990, a Argentina passou a observar o impulso de casos paradigmáticos de reforma estrutural, sendo que dois deles chamam muito a atenção: o caso Mendoza e o caso Verbitsky.[121] Por uma escolha baseada nas semelhanças da situação vivenciada na Argentina com o desastre de Mariana/MG, por serem questões que envolvem o direito ambiental e a recomposição da flora e da fauna, nessa pesquisa serão tratadas especificamente as experiências da justiça Argentina no caso Mendoza.

Esse caso se refere à contaminação ambiental da bacia hídrica Matanza-Riachuelo, nos arredores de Buenos Aires, julgado em 8 de julho de 2008 pela Corte Suprema de Justiça da Nação, o CSJN, que ditou sentença definitiva na causa "*Mendoza, Beatriz y ots. c/ Estando Nacional y ots. s/ Daños y Perjuicios*", um dos litígios mais complexos e importantes da República Argentina.

---

[119] JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 75/81.

[120] VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 303-352.

[121] AZEVEDO, Júlio Camargo. Política Carcerária – Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina – Caso "Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus" – Julgamento em 03 de maio de 2005. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 563-568.

Esse conflito representa a judicialização de um problema ambiental e social muito profundo[122], que tem antecedentes no começo do século XIX e envolve cinco milhões de pessoas, quase vinte mil indústrias, sobre a existência de contaminação de diversos agentes químicos por 64 quilômetros de bacia.

O caso iniciou-se originariamente no CSJN contra o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autónoma de Buenos Aires e quarenta e quatro empresas radicadas na bacia hídrica Matanza-Riachuelo, sendo que posteriormente foram demandados quatorze municípios da província de Buenos Aires. Entre os pedidos da demanda[123], podem-se citar: a pretensão de reparação de danos e prejuízos ambientais; a obtenção de uma ordem para que o Poder Executivo executasse um plano de gestão ambiental da bacia hídrica Matanza-Riachuelo; e a implementação de medidas urgentes, para garantir a saúde da população.

A primeira decisão proferida pela CSJN, em 20 de junho de 2006, distinguiu os tipos de pretensão existentes e a competência da corte para julgá-las. Essas pretensões, não cumuláveis, eram a coletiva, relativa ao dano ambiental, e a individual, relativa ao direito de indenização dos indivíduos afetados. Nesse sentido, a CSJN julgaria originariamente somente as pretensões relativas ao dano ambiental, sendo remetidos às instâncias inferiores o julgamento e o processamento das demandas de cunho individual.

---

[122] "Sucede que, además del daño al medio ambiente (bien tutelado por la Constitución Nacional en su art. 41 desde la reforma de 1994), es posible advertir que el conflicto involucra cuestiones relacionadas con infraestructura sanitaria, salud, vivienda, trabajo y navegabilidad, entre otras. Para poder tomar real dimensión del asunto vale la pena detenerse por un momento en algunos números. (...) La Cuenca Matanza-Riachuelo tiene 64 km. de largo y 35 km. de ancho, alcanzando una superficie total de aproximadamente 2.250 km. cuadrados. En esta región residen más de 5.000.000 de personas, lo cual representa aproximadamente un 13% de la población de toda la República Argentina. De ese número de personas, más de la mitad carecen de acceso a un sistema de cloacas, una tercera parte carece de acceso a agua potable, y 500.000 residen en asentamientos sumamente precarios sobre el margen del río. De acuerdo con relevamientos oficiales, hasta el 28 de febrero de 2011 se han empadronado 19.727 industrias radicadas en la zona. En lo que hace a la contaminación propiamente dicha, en el curso de agua se encontraron 8.500 toneladas de hierro, 67 barcos abandonados, 17 cascos de barcos hundidos, contaminantes químicos (tales como arsénico, cadmio, plomo, mercurio, cromo y cianuro) y contaminantes orgánicos (en particular, hidrocarburos aromáticos, DDT y coliformes)" (VERBIC, Francisco. El remédio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeiros tres años de su implementación. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 290-291).

[123] "Entre los objetos perseguidos por la demanda se encontraban los siguientes: (i) reparación de los daños y perjuicios ambientales de tipo colectivo emergentes de la contaminación de la cuenca del río Matanza-Riachuelo; (ii) creación de un fondo público para reparar los daños individuales homogéneos ocasionados a las víctimas y llevar adelante acciones tendientes a modificar la situación; (iii) obtención de una orden para que el Poder Ejecutivo Nacional reanude y continúe con al ejecución del Plan de Gestión Ambiental de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo; (iv) implementación de medidas urgentes para atender la salud de la población ribereña de la cuenca; y (v) anotación de litis para impedir que las empresas demandadas se insolventen a fin de evitar enfrentar una eventual condena pecuniaria en su contra" (VERBIC, Francisco. El remédio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeiros tres años de su implementación. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 291-292).

Após essa primeira decisão, a Corte, considerando as diversas dificuldades no que tange às informações existentes sobre o conflito, as pretensões veiculadas e os interesses imbricados, iniciou uma série de medidas[124] para garantir a potencialização da participação de interessados e das partes, a adequação da demanda e a criação de um plano integrado de recuperação, entre outras.

Nesse contexto, foram aceitas algumas intervenções de terceiros, realizadas diversas audiências públicas, com temas predefinidos de debates, e determinada a participação da Universidade de Buenos Aires (UBA) como auxiliar do juízo para a análise e realização de observações sobre o plano de recuperação apresentado pelos réus. Relevante, ainda, citar a criação da ACUMAR (Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo) pela Lei n° 26.168, uma organização governamental orientada especificamente para regulamentar, controlar e fomentar atividades na região da bacia hidrográfica Matanza-Riachuelo.

Superada a fase instrutória e de conhecimento, que já foge da lógica de conflitos bipolares, foi proferida a decisão principal, em 8 de julho de 2008, que se aproxima bastante das *structural injunctions* norte-americanas. O CSJN condenou a ACUMAR, o Estado Nacional, a Cidade de Buenos Aires e a Província de Buenos Aires a tomar diversas medidas para recompor o meio ambiente e evitar que se produzam maiores danos no futuro.

A CSJN delimitou que a sentença se orienta para o futuro e fixa critérios gerais para o cumprimento do objetivo pretendido, sendo delimitada a arena de atuação do Poder Judiciário, que apenas especificou as diretrizes do programa de implementação da decisão[125], que deverá ser formulado pelas partes.

---

[124] "Entre ellas se destacan las siguientes: (i) pedido de informes a las empresas demandadas sobre diversos aspectos relacionados con el caso; (ii) requerimiento a los tres Estados demandados y al COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente) para que presenten un plan integrado que contemple diversas actividades orientadas a solucionar el conflicto; (iii) citación a una audiencia pública para que las partes informen oralmente al Tribunal sobre dicho plan integrado; y (iv) concesión de una oportunidad para la parte actora a fin de mejorar su demanda mediante el aporte de la información faltante, puesta de resalto en la propia sentencia" (VERBIC, Francisco. El remédio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeiros tres años de su implementación. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 292-293).

[125] "Es por ello que el mandato obligatorio dejó en manos de los demandados la elección de las acciones concretas que fueran necesarias para cumplir los objetivos allí trazados. Los criterios generales fijados por la Corte fueron precisados como integrantes de un "programa" que fue considerado como necesario para garantizar la eficacia en la implementación de la sentencia. Las principales características del contenido de dicho programa fueron resumidas por la CSJN en los siguientes términos: "un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control" (VERBIC, Francisco. El remédio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeiros tres años de su implementación. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 298).

De forma simplificada, extraem-se da decisão os seguintes pontos, dentro outros, que deverão ser seguidos para a implementação do comando judicial: determinar a organização de um sistema de informação pública digital; realizar inspeções em todas as indústrias da bacia hídrica Matanza-Riachuelo, para se controlar a emissão de poluentes; implementar a melhora da qualidade de vida dos habitantes da bacia hidrográfica, a recomposição do meio ambiente e a prevenção de novos danos; erradicar e controlar lixões, legais ou clandestinos, na região da bacia, evitando a criação de novos lixões a céu aberto; e expandir os serviços de água potável.

O cumprimento e a implementação dessas medidas, que foram integradas em um plano de recuperação ambiental, foram inicialmente fixados com o prazo máximo de duração de um ano, variando o período de tempo para cada medida. Ressalte-se que uma medida importante foi a delegação da execução da decisão às instâncias inferiores, mais especificamente à Justiça Federal de Primeira Instância de Quilmes.

Dessa forma, iniciou-se, após 2008, o cumprimento da decisão e do plano de recuperação ambiental da bacia hidrográfica do Matanza-Riachuelo, que perdura até hoje[126], sendo que as mais diversas técnicas de implementação, fiscalização e participação estão sendo aplicadas para o fiel e regular cumprimento da decisão.[127] Sobre o ponto, Francisco Verbic esclarece que:

> Junto a la mencionada delegación de competencias en pos de lograr una mayor eficiencia en la ejecución de la sentencia, la Corte estableció en "Mendoza" un sistema de monitoreo y control sobre la implementación de la decisión. Dicho sistema se asienta en dos pilares fundamentales. Por un lado, el tribunal designó a la Auditoría General de la Nación a fin de controlar específicamente la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria de todo lo que tuviera que ver con el programa a cumplir. Asimismo, autorizó al juez de la ejecución para presentar todos los cuestionamientos que considere necesarios con relación al control presupuestario y a su ejecución. Por el otro, y con el declarado objeto de fortalecer la participación ciudadana en este proceso, el tribunal confirió al Defensor del Pueblo de la Nación el carácter de coordinador de un cuerpo colegiado a conformarse con las diversas ONG presentadas como terceros en la causa. Este cuerpo tiene por objeto: (i) recoger sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado; (ii) recibir información actualizada; y (iii) formular planteos concretos ante la ACUMAR para el mejor logro del propósito encomendado. [128]

---

[126] CARDUCCI, Pablo S. Puede influirse em política pública a través de processos judiciales? El rol del juez em el litigio de reforma estructural. *In* REGUEIRA, Enrique M. Alonso *et al*. El Control de la Actividad Estatal. Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, p. 59-73.

[127] VERBIC, Francisco. El caso "Mendoza" y la implementación de la sentencia colectiva. Jurisprudencia anotada. Corte Sup., 8/7/2008 - Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros. JA 2008-IV-336 - SJA 29/10/2008. Disponível em https://www.academia.edu/3715762/El_caso_Mendoza_y_la_implementaci%C3%B3n_de_la_sentencia_colectiva

[128] VERBIC, Francisco. Ejecucion de sentencias em litigios de reforma estructural-dificultades políticas y proceimentales que inciden sobre la eficácia de estas decisiones. XXVII Congresso Nacional de Derecho Procesal. Córdoba, 2013. Disponível em:

Ressalte-se que, como na maioria dos processos de caráter estrutural, após a prolação da sentença definitiva, a CSJN já foi instada a se manifestar sobre outros pontos sensíveis relativos ao caso, evidenciando o caráter prospectivo, experimental e dinâmico destes conflitos.

3.4 Processo estrutural

Em razão da profusão de situações do cotidiano que revelam litígios dessa natureza, o Poder Judiciário vem sendo, cada vez mais, instado a atuar na implementação de políticas públicas e na estrutura burocrática de entes privados ou públicos para impor, por meio do processo, uma série de intervenções diretas, que visam implementar, em conjunto com outras instâncias de poder, medidas estruturais.

Em resumo, os litígios estruturais são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos e os direitos fundamentais pela via jurisdicional, mediante a transformação de uma organização pública ou privada. É necessário reorganizar toda essa instituição, a partir da alteração de seus processos internos, sua estrutura burocrática e a mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor ou direito afirmado na decisão.

Como bem percebido na análise dos casos *Brown* e *Mendoza*, essa nova tipologia de litígio demanda novas formas de tutela jurisdicional e uma transformação do papel do Poder Judiciário, agora mais preocupado com a consolidação e efetivação de valores públicos e direitos constitucionais e com um caráter mais ativo e gerencial.

No mesmo sentido, esses litígios demandam o estabelecimento de um processo constitucional democrático e comparticipativo, com base no estabelecimento de uma relação dialógica e na revisitação de diversos institutos do processo civil clássico, que não são adequados, em sua forma atual, para o tratamento de conflitos dessa natureza.

Esses litígios estruturais demandam uma nova forma de tutela, a ser efetivada pela via jurisdicional, por meio da definição de toda uma estrutura processual nova. Está-se diante dos processos estruturais, que terão pressupostos e fundamentos próprios.

---

https://www.academia.edu/33441612/Ejecuci%C3%B3n_de_sentencia_en_litigios_de_reforma_estructural._Dificultades_pol%C3%ADticas_y_procedimentales_que_inciden_sobre_la_eficacia_de_estas_decisiones. Acesso em: 8 mai. 2018)

Ressalte-se que litígios dessa natureza, por mais que estejam conectados com tradicionais ações coletivas[129], em razão da defesa de direitos coletivos *lato sensu* e da presença marcante de diversos polos de interesses, não seriam obrigatoriamente uma espécie do gênero processo coletivo[130]. Essa conexão e imbricação da estrutura processual, com o aproveitamento da legislação e das peculiaridades atinentes aos processos coletivos, não torna os processos estruturais uma espécie desse gênero, porque este novo modelo processual tem por escopo garantir uma tutela adequada a determinada situação jurídica, não especificamente coletiva ou individual.

Em determinados casos, como será evidenciado nesse pesquisa, por meio do exemplo prático envolvendo a Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto, litígios de matriz individual necessitaram de um tratamento adequado a partir da lógica dos processos estruturais. Portanto, o processo de matriz estrutural tem objeto bem delimitado, não especificado pela natureza do direito a ser tutelado, mas pela forma de adjudicação, que é diversa. Owen Fiss delimita assim o que seria o processo estrutural.

> A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele 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 injunction é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas. [131]

Jordão Violin explica o processo estrutural:

> De fato, este precedente reúne todas as características essenciais daquilo que se convencionou chamar *public interest litigation*: uma demanda multipolarizada; orientada para o futuro; formada por pretensões difusas; baseada em direitos fundamentais cujo conteúdo requer concreção; que visa à reforma de uma instituição

[129] "O processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se o *grupo* (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo" (DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 31).

[130] Nesse ponto, é importante informar uma modificação no posicionamento adotado, considerando que em texto escrito anteriormente, em coautoria, o pesquisador adotou outro posicionamento. (NUNES, Leonardo Silva. Cota, Samuel Paiva. FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos Litígios aos Processos Estruturais: pressupostos e fundamentos. *In* Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018).

[131] FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 120.

> social; cuja implementação exige ações diferidas no tempo, que não se esgotam com a prolação da sentença; conduzida por juiz e partes em cooperação. [132]

Edilson Vitorelli, de modo semelhante define:

> Em resumo, litígios estruturais, para efeitos do presente estudo, são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante a transformação de uma instituição pública ou privada. Há necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir a função de acordo com o valor afirmado na decisão. [133]

Ao analisar o tratamento sugerido por alguns desses autores, adota-se aqui o entendimento de Didier, Zaneti e Oliveira[134], para quem o processo estrutural, marcado por todas as características que lhe são peculiares, serviria para a implementação de uma reforma da estrutura de organizações públicas ou privadas, por meio da via jurisdicional, com o escopo de concretizar valores públicos e direitos fundamentais, de caráter constitucional, resolver litígios complexos e efetivar políticas públicas.

Observa-se uma clara ampliação da ideia de adjudicação trazida por Owen Fiss, o que não desnatura o processo estrutural, mas apenas lhe confere maior abrangência na busca pelo tratamento adequado de determinados litígios pela via jurisdicional, que assume um claro papel constitucional.

O Poder Judiciário, nesse cenário, possui um novo papel, sendo importante ressaltar algumas questões controvertidas antes de se adentrar especificamente em uma teoria embrionária do processo estrutural.

3.4.1 A questão da competência

O primeiro ponto é relativo à competência de os juízes de instâncias de piso serem responsáveis pela implementação de um processo de caráter estrutural, fazendo uma interpretação e uma aplicação direta da Constituição.

---

[132] VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional do Arkansas. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 304.

[133] VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisões e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 372.

[134] "A decisão estrutural (*structural injuction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas" (DIDIER, Fredie. ZANETI, Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandre. Notas sobre as decisões estruturantes. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 355).

Marco Félix Jobim[135], em 2012, posicionou-se pela competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, em razão da análise pelo autor realizada, para o julgamento e implementação de processos estruturais no Brasil. Mais recentemente, em artigo publicado em 2017[136], Jobim reviu seu posicionamento e percebeu a necessidade de criar uma teoria do processo estrutural para possibilitar a implementação das *structural reforms* no Brasil.

Acompanhando Jobim, adota-se tal posicionamento nesta pesquisa, realçando-se o papel constitucional e legítimo dos juízos de instâncias inferiores de efetivarem e implementarem medidas de caráter estrutural.

A aplicação das técnicas processuais atinentes ao processo estrutural é amplamente possível dentro de um sistema de controle difuso de constitucionalidade, como o brasileiro, sendo os tribunais e órgãos jurisdicionais inferiores dotados de competência para enfrentar questões atinentes à complexidade de litígios, políticas públicas, concretização de direitos, sem avocar a competência única e precípua do Supremo Tribunal Federal.

Os escopos do processo estrutural aqui traçados são diferentes e possibilitam o desenvolvimento das bases do processo estrutural em instâncias inferiores, desde que observados determinados pontos essenciais, traçados por Jobim quando da delimitação da competência exclusiva do STF[137], como o aumento da legitimidade democrática da decisão; o papel subsidiário do Poder Judiciário; a interlocução entre os Poderes; a motivação e a publicidade como parâmetros de controle da decisão, entre outros.

Nesse sentido, de forma incipiente e partindo das propostas a serem delineadas na presente pesquisa, se defende a competência do juízo de 1ª instância para aplicação das técnicas dos processos estruturais.

Contudo, o mesmo alerta feito pelo referido autor precisa ser realizado. Um modelo de processo estrutural depende da criação de uma teoria própria, adequada às características e peculiaridades dessa nova tipologia de litígio, sendo que questões atinentes

---

[135] JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

[136] "Em que pese todos os julgados acima terem sido julgados pelo Supremo Tribunal Federal, é inegável que há casos que, antes mesmo de chegar à Corte, passa por tribunais ou juízes inferiores ou, acaba indo direto pelo modelo abstrato que também dispomos em solo brasileiro. Sabendo disso, já não há mais espaço para atribuir ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade única de *structural litigation*, mas a de, sabendo do fato de que não só é ele hoje legítimo para tanto, tentar definir parâmetros de construção de uma teoria desses litígios estruturais que se anunciam cada vez mais no Brasil" (JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 449-466).

[137] JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ao ativismo judicial e a legitimidade das decisões são extremamente relevantes e requerem um olhar mais cuidadoso.

A implementação de um modelo de processo constitucional democrático, comparticipativo e amplamente dialógico, mediante a aproximação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a criação de uma rede de participação potenciada, tem por condão afastar eventuais críticas relativas à atuação jurisdicional.

Evidentemente, não é só isso, mas a definição, mesmo que embrionária de uma teoria do processo estrutural, com pressupostos e fundamentos próprios, poderá fomentar este debate e reduzir as críticas a este novo modelo de adjudicação de direitos.

3.4.2 Demora? Insucesso? Falhas?

O segundo ponto está relacionado à dificuldade de implementar as medidas estruturais e a existente taxa de insucesso de processos desta natureza, como já evidenciado acima na exposição sobre as experiências estrangeiras[138].

Litígios estruturais são extremamente complexos e dinâmicos, envolvendo diversas variáveis, o que dificulta o alcance de uma certeza ou de uma segurança jurídica estática comum aos processos de natureza bipolar. Em casos desta natureza, que têm por escopo modificar uma realidade burocrática de uma organização ou reformular uma política pública, não raro torna-se necessário estabelecer um plano para o cumprimento da decisão e facilitar a apreensão dos interesses envolvidos.

O processo estrutural não será rápido, como não são os processos tradicionais no Direito brasileiro. O que importa pensar não é em rapidez, mas em efetividade, considerando-se que o tamanho do processo estrutural pode sim demandar determinada preocupação. Todavia, é carecedor de uma nova realidade processual, mais apta a lidar com essa nova tipologia de litígio. Enfim, o esquema inicial postulação defesa instrução sentença coisa julgada não é suficiente.

---

[138] "Com efeito, verifica-se que somente uma década depois de prolatada a decisão em *Brown v. Board of Education* é que o cenário da integração racial nas escolas começou a mudar efetivamente, na maioria dos estados do sul dos Estados Unidos. Críticos do Poder Judiciário afirmam que o efeito do julgamento em *Brown* foi mais simbólico do que prático, considerando que a dessegregação escolar somente começou a ocorrer depois de incentivos e punições instituídos pelos Poderes Executivo e Legislativo americanos. (...) Conforme argumenta Gerald Rosenberg, foi essa mudança política, aliada a fatores econômicos e sociais, que resultou na frequência de 91% das crianças afro-americanas dos estados do sul nas escolas integradas, no ano letivo de 1972/1973 – em contraste com os 1,2% no ano escolar de 1964/1965" (SOUZA, Fernando Garcia. Política educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 257).

Importante analisar as críticas atinentes à provável (se não certa) falha da tutela jurisdicional em litígios estruturais, aspecto diretamente ligado à "demora" de processos estruturais.

Os riscos e os perigos associados à implementação de uma *structural reform* claramente são maiores do que aqueles que ocorrem em litígios individuais, aos quais se aplica um modelo de solução de controvérsias. Mas uma visão superficial desse suposto e provável fracasso pode gerar uma visão míope e, injustamente, crítica a esse modelo processual.

O risco de fracasso é inerente a qualquer atividade jurisdicional. Ele sempre existirá, sendo que em litígios dessa magnitude não se pode imputar ao Poder Judiciário o insucesso único e solitário pelo fracasso na implementação de uma reforma estrutural, considerando que os demais entes federativos, por exemplo, falharam em algum momento posterior antes do litígio ser judicializado.

Nesse cenário, há que asseverar que tais litígios não são singelos e que a implementação desse modelo processual não tem o condão de representar uma salvação na resolução desses litígios. Ademais, a efetividade de um processo estrutural não se passa por uma sentença favorável e pela "solução" do litígio, mas pela reconstrução de uma realidade, que poderá se dar por diversas formas.

Soluções simples, normalmente, estão equivocadas em litígios assim, que devem ser encarados e construídos de modo estrutural. Como exemplo disso, o paradigmático caso *Brown* somente alcançou efetividade após quase duas décadas da prolação da decisão, sendo que fatores econômicos e sociais, bem como a atuação dos entes legislativo e executivo, também foram relevantes para tanto.

Owen Fiss, contrapondo-se diretamente à crítica de Donald Horowitz em *The Courts and Social Policy*, defende que o sucesso do processo estrutural, ainda que parcial, supera os êxitos de uma solução individual de controvérsias, considerando-se as promessas de grande retorno social a partir da modificação de uma realidade de violações sistêmicas de direitos.

> O êxito pode ser mais raro ou obtido com menor perfeição em um processo judicial estrutural, porém o sucesso estrutural, ainda que parcial, pode superar todos os êxitos da solução individual de controvérsias. Pode, outrossim, reduzir consideravelmente a necessidade da solução de controvérsias por meio da eliminação das condições que favorecem atos ilícitos e podem até mesmo compensar todas as suas falhas. [139]

[139] FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 150.

A reforma estrutural, portanto, depende de uma modificação da visão dos propósitos norteadores do processo, da atuação dos agentes e da concepção de duração e adaptabilidade (experimentalismo), porque litígios dessa natureza, para atingirem qualquer êxito, dependem da reestruturação de pensamento dos intérpretes do direito, sob pena de não alcançarem os resultados pretendidos.

> Institutional reform litigation cannot succeed unless its remedies are both durable and adaptable. That is, the resulting injunctions must remain in place long enough to prompt meaningful systemic reform, and they must be flexible enough to account for changing facts and circumstances. Yet changes in the legal landscape-including, most significantly, the Supreme Court's hostility toward aging institutional reform injunctions-have undermined the durability and flexibility of institutional reform injunctions. As a result, the injunctions are in danger of being terminated before their goals are achieved. [140]

Esse êxito, longe de ser utópico, advém de formas diversas, e não apenas da atuação direta do Judiciário. A publicização da questão, a mobilização de setores sociais ou públicos, o desbloqueio da discussão e a visibilidade de determinados direitos até então desconsiderados ou relegados são possíveis e naturais efeitos de um processo estrutural e que representam avanços a serem alcançados. Por esta razão, os processos estruturais estão margeados por críticas e devem ser tratados de um modo sério, com a preocupação voltada para questões atinentes à efetividade, à celeridade e à atuação do Poder Judiciário[141], razões pelas quais o desenvolvimento de uma teoria do processo estrutural poderá auxiliar no alcance de algum sucesso desse modelo processual.

3.4.3 O experimentalismo *versus* o comando-controle

A implementação das medidas estruturais ganhou nos Estados Unidos, ao longo das décadas, dois contornos principais, o de comando-controle e o experimentalista. Estas duas concepções, uma mais restritiva e outra mais ampla, têm ligações diretas com o papel ativo dos juízes na condução e definição de uma política pública ou de uma estratégia e com o modo como as corte funcionam como uma arena de disputa política.[142]

---

[140] PARKIN, Jason. Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation. Vanderbilt Law Review, n. 70, p. 219.

[141] WEAVER, Russell L. The Rise and Decline of Structural Remedies. San Diego Law Rev. Vol. 41. 2004. p. 1617-1631.

[142] SCHLANGER, Margo. Beyond the Hero Judge: institucional reform litigation as litigation. *In*: Review of Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons, by M. M. Feeley and E. L. Rubin, co-authors. Mich. L. Rev. 97, no. 6 (1999), p. 2000.

A concepção do comando-controle tem como expoentes principais Fiss[143] e Chayes[144], defendendo uma posição de centralidade e dominância do magistrado no controle e na implementação de remédios judiciais complexos, como um verdadeiro criador e gestor.

De outro lado, a concepção experimentalista proposta por Sabel e Simon[145] combina regras mais flexíveis e provisórias, com procedimentos de permanente participação dos interessados, consenso e transparência, sendo que objetivos gerais e critérios avaliativos são fixados, cabendo às partes desenhar o caminho para atingi-los. Há uma revisão contínua do planejamento, do caminho traçado, sendo relegado a plano secundário a atuação mais incisiva do Poder Judiciário.

A concepção experimentalista combina determinados fatores essenciais aos processos estruturais, estando intimamente ligada à policentria e à desestabilização de direitos[146]. Ao lidar com o problema de forma integral, compreendendo os fatores em jogo e a ampla necessidade de revisitação das medidas a serem implementadas, essa concepção auxilia no aprimoramento da capacidade institucional do Poder Judiciário.[147]

---

[143] FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

[144] CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law litigation. 89 *Harv. L. Rev*. 1281 (1976). Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic publicada en *Revista de Processo*. N. 268, junho 2017.

[145] "La evolución de los remedios estructurales en las últimas décadas se puede modelizar como un cambio de la regulación basada en órdenes de comando y control hacia una intervención experimentalista. La regulación de comando y control es la actividad típica de las burocracias. En los hechos toma la forma de un régimen omnicomprensivo de reglas fijas y específicas determinadas por una autoridad central. Estas reglas prescriben los insumos y los procedimientos de las instituciones que regulan. (...) En contraste, la regulación experimentalista combina reglas más flexibles y provisorias con procedimientos permanentes de participación de las partes interesadas y de medición de su responsabilidad. En los casos más distintivos, las normas aplicables son estándares generales que expresan objetivos que las partes tienen que cumplir; es decir, resultados en vez de insumos. Este régimen deja, típicamente, a las partes con discrecionalidad sustancial para alcanzar esos objetivos. Al mismo tiempo, especifica tanto los estándares como los procedimientos para medir el desempeño institucional, que se evalúa en relación con los compromisos iniciales de las partes y en base al desempeño de instituciones comparables" (SABEL, Charles F.. SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: el triunfo del litigio de interés público. Traducción al español de María Emilia Mamberti publicada en *Revista de Interés Público*. V. 2, 2017, p. 12).

[146] "Los derechos de desestabilización son pretensiones de movilizar y abrir instituciones públicas que han fallado crónicamente en cumplir con sus obligaciones, y que están sustancialmente al margen de los procesos políticos normales de rendición de cuentas. El término pone la atención en un elemento común crucial de las pretensiones en las diferentes áreas del litigio de interés público, y en una dimensión de los remedios que es crítica para explicar la perspectiva de éxito de una intervención. El efecto de la intervención inicial de un tribunal es desestabilizar las expectativas de las partes previas al litigio, mediante efectos políticos, cognitivos y psicológicos que amplían la posibilidad de una colaboración experimentalista. Los sistemas de estándares y monitoreo que comúnmente surgen de la negociación sobre remedios permiten esta desestabilización y el aprendizaje que ella genera, para luego continuar por carriles más estrechos" (SABEL, Charles F.. SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: el triunfo del litigio de interés público. Traducción al español de María Emilia Mamberti publicada en *Revista de Interés Público*. V. 2, 2017, p. 14).

[147] A concepção experimentalista e seus efeitos são amplamente tratados nos seguintes textos: BERGALLO, Paola. Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, 2005; PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N. 2, 2014.

Há que se ressalvar apenas que a concepção experimentalista é de matriz norte-americana, sendo que no Direito brasileiro, por força do art. 6º do CPC, o processo é orientado pelo princípio da cooperação processual entre todos os sujeitos. Ou seja, todos os sujeitos processuais devem cooperar entre si, sem existir qualquer prevalência de posição, seja das partes ou do juiz.

Portanto, essa regra, amplamente aplicável ao processo estrutural (art. 15 do CPC), impõe que toda a estrutura experimentalista no Direito brasileiro será criada e implementada por todos os sujeitos processuais em cooperação.

Nesta pesquisa, fazendo essa ressalva, adota-se que a implementação das medidas estruturais tem um caráter experimentalista, resguardando-se para um segundo momento a atuação mais incisiva do Poder Judiciário, com espeque em ordens de comando e controle.

3.4.4 Dos pressupostos e fundamentos do processo estrutural: uma estruturação da teoria

Os litígios estruturais possuem peculiaridades que os tornam merecedores de um tratamento diferenciado, por meio de um modelo processual ancorado em pressupostos e fundamentos próprios, adequados às características e especificidades dessa nova tipologia de litígio. Disso resulta a necessária modificação na forma de se encarar o processo civil clássico, que precisa ser adaptado ou reestruturado em prol dessa nova realidade. Para tanto, indica-se como ponto de partida a identificação dos pressupostos e dos fundamentos do processo estrutural.

3.4.4.1 Pressupostos do processo estrutural

Os litígios estruturais, como já evidenciado na presente pesquisa, possuem características próprias, que demarcam toda a sua formação e desenvolvimento, que tem por traços a complexidade, a policentria, a existência de violações sistêmicas de direitos, a prospectividade, entre outras.

Nesse contexto, a partir de um resgate dessas características e da realização de um verdadeiro "caminho" dos litígios aos processos estruturais é que se delineia, mesmo que de forma incipiente, os pressupostos do processo estrutural[148]. Caminha-se para a tentativa de

[148] NUNES, Leonardo Silva. Cota, Samuel Paiva. FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos Litígios aos Processos Estruturais: pressupostos e fundamentos. *In* Novas tendências, diálogos entre direito material e

construção de uma teoria do processo estrutural, mais adequada ao tratamento de uma nova forma de litigiosidade.

Importante frisar, antes de adentrar na temática, que os pressupostos do processo estrutural não se aproximam dos pressupostos processuais classicamente concebidos no direito brasileiro para a teoria do processo[149]. Os já consagrados pressupostos processuais, tão caros à teoria do processo, porquanto importantes para o desenvolvimento válido e para a existência dos processos, não são objeto de análise nesta pesquisa.

Na verdade, o que se pretende é – importante enfatizar – destacar alguns elementos que se consubstanciam de antecedentes necessários ou desígnios essenciais, para que o processo seja qualificado de estrutural. Os pressupostos dos processos estruturais, portanto, seriam o conjunto de elementos ou desígnios essenciais, estritamente ligados às características dos litígios estruturais.

Ainda, frise-se, não se está buscando esgotar o desenvolvimento das bases processuais do processo estrutural, mas, na medida proposta neste estudo, busca-se evidenciar como essa nova forma de litigiosidade impõe uma remodelagem da teoria processual, com vistas a torná-la mais apta para o tratamento dos litígios estruturais.

Os litígios estruturais possuem características próprias, que acabam por influenciar diretamente a configuração de determinados pressupostos. Isto é, as qualidades inerentes ao conflito resultam na formação de determinados pressupostos dos processos estruturais. Nesse sentido, a qualificação de um processo como estrutural depende da observância de seus elementos mais básicos, a partir da forma de ser do litígio, para, então, identificar quais seriam os pressupostos do processo estrutural.

Como dito, faz-se um verdadeiro caminho dos litígios estruturais ao processo estrutural, fixando os seus pressupostos, ou seja, quais elementos que o processo deve conter para ser qualificado como estrutural, sempre em vista das características e das peculiaridades que marcam essa nova tipologia de litígio.

Estes pressupostos, relevantes para a qualificação de um processo como estrutural, não têm de estarem todos, obrigatoriamente, presentes para a adequação do processo ao tipo de litígio em análise. Pelo contrário, estes pressupostos balizam a forma como o processo será

---

processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

[149] "os pressupostos são aquelas exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente. E, em consequência, não atinge a sentença que deveria apreciar o mérito da causa. São, em suma, requisitos jurídicos para a validade da *relação processual*. São, pois, requisitos de *validade do processo*" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 57ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 144).

construído para o tratamento mais adequado de litígios estruturais, podendo, a depender do litígio, estarem presentes um ou todos pressupostos aqui propostos.

Ainda, cabe ressaltar, que essa proposta é um primeiro passo no desenvolvimento dos pressupostos dos processos estruturais, podendo outros serem identificados e transportados para a qualificação do processo como estrutural.

Pode-se dizer, então, que o processo estrutural tem por pressupostos: a causa de pedir e pedido dinâmicos, devido à causalidade complexa; a participação potenciada, devido à multiplicidade de interesses imbricados; a geração de decisões prospectivas; o papel ativo do juiz; e o respeito às bases do processo estrutural.

3.4.4.1.1 Causa de pedir e pedidos dinâmicos

Uma das características mais marcantes dos litígios estruturais é a causalidade complexa. Significa dizer que as causas do problema estrutural são múltiplas e polimorfas, presentes em casos que envolvem questões de amplo espectro, a exigir do órgão jurisdicional uma gama de soluções combinadas, de modo a promover uma reforma necessária à observância dos direitos e valores em jogo.

Diante da existência de um conjunto de práticas institucionalizadas que dão causa à violação de diversos direitos fundamentais ou valores públicos em grande escala, qualquer tentativa de reforma destes entes passará pela absorção da complexidade dessa tipologia de litígios.Nesse sentido, em cenários, como o do desastre de Mariana/MG[150], envolvendo a Samarco S/A e a Vale S/A, e da ACP do Carvão de Criciúma/SC, já descrito por Sérgio Cruz Arenhart[151], revela-se factível a existência de problemas complexos, que se desdobram continuamente, que envolvem uma gama de causas diversas e que podem, ao longo do trâmite processual, sofrer grande mutação.

A configuração desse tipo de litígio pressupõe certa maleabilidade na elaboração da causa de pedir e dos pedidos que dela advêm no momento de instauração da demanda, de veiculação da pretensão em juízo.

---

[150] COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. *Revista de Informação Legislativa*. V. 55, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243>.

[151] ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. Vol. 225, 2013; ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 2, 2015.

Isso porque, em muitos casos, não é possível ao ente legitimado ao exercício da ação antever todos os possíveis fundamentos para o pedido, nem mesmo toda a extensão do pedido. Pode ocorrer, ainda, que não seja possível precisar, nesse momento, todos os possíveis pedidos[152] a viabilizar a adequada tutela jurídica de todos os interesses envolvidos no conflito.

Esse cenário fica ainda mais claro quando se observa o rigor formal que permeia o processo civil brasileiro, de matriz individual, que acaba por impor uma série de regras relativas ao pedido que não se amoldam às características de alta mutabilidade dos litígios complexos, como são os litígios estruturais.

Essa rigidez formal do modelo processual de caráter bipolar, classicamente concebido e que permeia o processo civil no Direito brasileiro, acaba por causar um verdadeiro descompasso entre o processo e a situação fática a ser tutelada, sendo insuficiente para lidar com essa mutabilidade, conforme aduz Susana Henriques da Costa. [153]Nesse sentido, os processos de matriz estrutural têm por pressuposto uma causa de pedir e pedidos dinâmicos.

3.4.4.1.2 Participação potenciada

É dessa causalidade complexa que decorre o próximo pressuposto do processo estrutural, em grande parte, também provocado pela multiplicidade de interesses imbricados[154]: a participação potenciada.

Se as causas do conflito são diversas, reiteradas no tempo e altamente mutáveis, também os interesses afetados por elas tendem a ser inúmeros e se relacionam de maneira tal que podem ser, ao mesmo tempo, convergentes ou divergentes.[155]

---

[152] Há que se ressaltar que não é um problema de iliquidez do pedido, que conta com autorizativo expresso do CPC; é, mesmo, um problema quanto à certeza do pedido, portanto, de especificação do que se pede.

[153] "As regras inflexíveis a respeito da estabilização objetiva do processo podem se mostrar insuficientes para lidar com essa mutabilidade inerente aos direitos difusos. O pedido originariamente realizado pode, com o passar do tempo, não mais ser apto a resolver a crise de direito material trazida para a apreciação jurisdicional, que agora, demanda outro tipo de prestação protetiva, em função da alteração da causa de pedir" (COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. *In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, 414/415).

[154] "[...]En efecto, cuando hablamos de litigio estructural estamos siempre refiriendo a casos o *litis* con una fisonomía policéntrica. Es decir, una fisonomía parecida a la tela de una araña, o la de un puente, en la cual se entiende que los intereses individuales están subordinadas a una idea de conflicto más general. Esta última contiene o imbrica aquellos intereses, en un circuito de interconexiones con otros intereses. De tal forma, la decisión que se tome en un conflicto estructural deberá considerar el impacto sobre quienes no están presentes en el proceso, pero que se hallan ineludiblemente conectados por la definición judicial del conflito" (PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Vol. 2, 2014, p. 55-56).

Nesses litígios há uma verdadeira despolarização da demanda, na qual há uma diversidade enorme de perspectivas envolvidas de diferentes grupos sociais atingidos, que dependem de uma reestruturação do ambiente processual para que sua voz e seus interesses particularizados sejam veiculados.

A policentria, portanto, é nota característica desse tipo de litígio e evidencia que o processo deverá ser um verdadeiro *locus* dialógico[156], para garantir um ambiente de maior participação, publicidade e transparência, no qual os diversos atores processuais estão em igual patamar de protagonismo, sendo facultada (e estimulada) aos interessados a veiculação de seus interesses.

Mais que isso, na lógica do processo estrutural, nos dizeres de Susan Sturm[157], em qualquer processo de decisão e de implementação de medidas estruturais deve ser possibilitada a ampla participação dos mais diversos atores processuais, desde todos os beneficiários da decisão proferida e daqueles em posição de bloquear sua implementação, até dos usuários e agentes da instituição ré.

Como percebeu Lon Fuller[158], esse tipo de problema não pode ser adequadamente enfrentado em conformidade com as técnicas de modelo bipolar de processo por meio de um sistema de processo que trate os sujeitos processuais simplesmente como autores, réus e terceiros intervenientes, dificultando a promoção da participação de agentes externos e dos titulares do direito material controvertido. Dessa forma, em litígios estruturais é de todo salutar a maior promoção da participação, que pode dar-se por instrumentos diversos, como, as consultas a órgãos técnicos, a realização de audiências públicas e a admissão (ou solicitação oficiosa) de *amicus curiae*.

---

[155] "O problema central dos litígios irradiados é que eles englobam feixes de interesses não alinhados ou, eventualmente, antagônicos, entre os próprios membros da sociedade titular do direito. É possível que o resultado desejado por um grupo afetado pela decisão coloque outros integrantes da sociedade em situação pior do que estariam se o processo não existisse. Por essa razão, é pouco provável que um representante possa, com igual vigor, defender todos esses interesses envolvidos no processo, que assumirá o perfil de um *town meeting*" (VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 538/539).

[156] "el *método dialogal* impulsado por el tribunal en un marco de mayor publicidade y transparência del procedimento en general, que "expone" a las partes y las compromete en la búsqueda de soluciones consensuadas al diferindo y, por outro, reserva a aquel la función arbitradora entre los interesses em conflito. El *diálogo público* entre las partes, se alienta com la esperanza que sea fructífero, especialmente por la participación habitual de organismos administrativos o grandes corporaciones públicas o privadas; y se enriquece con la intervención de terceiros, *amicus curiae*, que expresan sus aportes com mira a la salvaguarda del interés general de la comunidade" (BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflitos de interés público. *In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 269).

[157] STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. Georgetown Law Journal, vol. 79, n. 5, p. 1410, 1991.

[158] FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. Harvard Law Review, vol. 92, n. 2, p. 398, 1978.

Em suma, a participação potenciada de todo o plexo de interesses é fundamental não apenas para a legitimação das decisões estruturais, mas, sobretudo, para que se atinja uma solução ótima para o equacionamento do litígio diante de um cenário extremamente complexo e multipolarizado.

3.4.4.1.3 Geração de decisões prospectivas

Considerando que o ato de acertamento da situação conflituosa está compreendido em seu desenvolvimento, o processo estrutural pressupõe a geração de decisões prospectivas; isto é, que não mirem apenas fatos passados, mas que se voltem preponderantemente para o futuro.

Nesse tipo de litígios, o provimento judicial se orienta para o futuro, apresentando caráter eminentemente prospectivo[159], que decorre do objetivo principal do processo estrutural: buscar a reestruturação de uma instituição pública/privada e a implementação de uma reforma na estrutura burocrática deste ente, com vistas a eliminar uma prática danosa institucionalizada.[160]

Por essa razão, a lógica dos processos estruturais é totalmente diversa dos processos de matriz bipolar, pois, ao invés de uma mera análise retrospectiva dos fatos para a prolação de uma sentença de acertamento de direitos e das consequências para as partes, em um litígio estrutural as decisões proferidas supõem um conjunto de ordens a serem implementadas de forma contínua e prolongada.

Não se busca a simples reparação do dano, com a clara relação entre violação e remédio, por meio de um comando estanque[161], mas, sim, uma instrumentalidade do processo[162], como meio apto a eliminar uma prática danosa. Essa feição determina (e

---

[159] "Más allá de las diferencias señaladas, el carácter prospectivo del remedio de equidad introduce en los procesos una gran cantidad de elementos contingentes y de predicción. En lugar de una disputa retrospectiva en torno a las consecuencias de una serie cerrada de sucesos, se plantea al tribunal una controversia vinculada con probabilidades y situaciones futuras" (CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law litigation. 89 *Harv. L. Rev*. 1281 (1976). Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic publicada en *Revista de Processo*. N. 268, junho 2017, p.13).

[160] "O objeto da medida estrutural não é eliminar a 'violação" no sentido implícito no princípio determinante, mas eliminar a ameaça imposta pela organização aos valores constitucionais" (FISS, Owen. As formas de justiça. *In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017 p. 164).

[161] FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho.; NUNES, Leonardo Silva. O tratamento adequado dos conflitos de interesse público no direito brasileiro. *Revista de Interés Público*. Año 1, n.2, 2017.

[162] "Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam" (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 181).

condiciona) a adequação das medidas estruturais voltadas para a mudança de uma sistemática social, econômica ou cultural.

Por esse motivo, em processos estruturais não se observa, normalmente, a prolação de uma única decisão, mas diversas decisões, os chamados "provimentos em cascata"[163], quando à decisão principal seguem-se inúmeras outras, que têm por objetivo garantir a efetivação dessa decisão ou de decisão anteriores.

Nessa nova tipologia processual, a geração de decisões prospectivas é um pressuposto do processo estrutural, em atenção às características intrínsecas dos litígios estruturais, marcados pela causalidade complexa, pela alta mutabilidade da situação fática e pela imposição de uma nova forma de adjudicação, voltada para a implementação de medidas estruturais.

3.4.4.1.4 A postura ativa do juiz

No modelo de processo civil clássico, de matriz bipolar, o juiz assume um papel eminentemente passivo. Seu dever funcional de o juiz está adstrito a somente declarar o direito e exercer um papel de julgador imparcial e distante da relação jurídica das partes, simplesmente solucionando as controvérsias postas em juízo e adotando um modelo de decisão tipo "o ganhador leva tudo". Como ensina Owen Fiss,

> O modelo de solução de controvérsias prevê um papel passivo para o juiz. Ele deve permanecer como um árbitro ou observador entre as duas partes, confiando em todas as iniciativas destas para a apresentação dos fatos, do direito e para a articulação das possíveis medidas judiciais. Portanto, a tarefa do juiz é simplesmente declarar qual das partes está certa. [164]

A postura do juiz nos processos estruturais, portanto, não é neutra, não sendo este chamado a decidir causas individuais entre um autor e um réu, mas a estabelecer e efetivar direitos materiais, na maioria das vezes, de cunho constitucional, que possuem contornos obscuros e limites fáticos complexos.

Nos processos estruturais, a postura do juiz será ativa, marcada por uma posição de domínio da organização e da condução do processo, e de controle do desenvolvimento de mecanismos aptos a implementar medidas estruturais.[165]

---

[163] ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo.* Vol. 225, 2013.

[164] FISS, Owen. As formas de justiça. *In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 141.

[165]" El juez es la figura dominante en la organización y guía del caso, y recurre al apoyo no sólo de las partes y sus abogados, sino también de un amplio rango de personas ajenas al conflicto - masters, expertos y personal de

Afasta-se aqui a ideia de que o juiz irá se imiscuir na posição do administrador ou do legislador, atuando como verdadeiro gerente da situação posta em juízo e decidindo unilateralmente a melhor forma de implementar uma reforma estrutural ou uma política pública. Ao contrário, ele exercerá um importante papel na transformação do *locus* processual, na potencialização da participação, no fomento ao consenso, na implementação das decisões, entre outras ações ainda adstritas à função judicante.

Adotando o posicionamento de Susana Henriques da Costa[166], o juiz desempenhará um papel diferenciado nos processos estruturais, incorporando novas características à função judicial. Essa função deverá ser consequencialista, estratégica e mediadora.

Consequencialista é a postura do magistrado que pondera diversas questões no momento de decidir e de conduzir o processo, relativas aos efeitos materiais da decisão sobre a sociedade, a complexidade do litígio, a dificuldade de implementação dessa decisão, a rigidez dos procedimentos, no âmbito tanto judicial quanto administrativo, e os interesses envolvidos no conflito, entre outras. A função *estratégica* está ligada à postura do magistrado no momento da execução da decisão, envolvendo a reforma da estrutura de um ente ou a implementação de determinada política pública, por exemplo, porque a satisfação da decisão depende diretamente da criação de planos de atuação flexíveis e objetivos e da cooperação entre os magistrados (art. 69 do CPC), incluindo uma atividade mediadora entre as partes, o que acaba por desembocar na terceira função judicial, a *mediadora.*[167]

3.4.4.1.5 O respeito às bases do processo estrutural

Por formalismo processual considera-se o conjunto de regras que disciplinam a atividade processual, o regulamento do procedimento.[168] Podem ser apontados exemplos de

---

supervisión. Lo más relevante: el juez se ha convertido, cada vez en mayor medida, en creador y director de modos complejos de remediación que despliegan sus efectos hacia personas que no se han presentado ante el tribunal y que requieren de una continua actividad judicial en su administración e implementación" (CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law litigation. 89 *Harv. L. Rev*. 1281 (1976). Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic publicada en *Revista de Processo*. N. 268, junho 2017, p. 4).

[166] COSTA. Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo .*In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 403.

[167] Evidencia essa tendência a promulgação da Lei n° 13.140/2015, a Lei da Mediação, que possui dispositivos específicos acerca da possibilidade da mediação no âmbito da administração pública.

[168] "Considera-se formalismo processual a totalidade formal do processo, "compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do formalismo no processo civil.

respeito ao formalismo, tais como a petição inicial apta, a escolha correta do procedimento e o respeito ao contraditório[169].

Para se desenvolver validamente, o processo deve respeitar as mais diversas regras processuais, ligadas, especialmente, à rigidez procedimental do modelo bipolar de processo.[170][171]

Diferentemente, quando se está diante de litígios de caráter estrutural, que possuem características diversas dos litígios de matriz individual e demandam a reformulação das práticas e institutos processuais, observa-se que a obediência estrita desse formalismo não se adequa à realidade desses litígios.

Litígios estruturais são marcados por alta complexidade, alta mutabilidade da situação fática, ligação entre conhecimento e execução, policentria, entre outras características, as quais demandam que o processo estrutural se desenvolva de modo diverso, a fim de promover a tutela adequada de direitos, de forma estrutural, completa e efetiva.

Atentando-se a essas peculiaridades, o processo estrutural deverá se pautar por uma maior flexibilidade procedimental[172] (art. 190 do CPC), pelo distanciamento da rigidez preclusiva de determinados institutos processuais, pelo uso de técnicas processuais compatíveis com a natureza do conflito e por uma reformulação de institutos processuais, como proposto nesta pesquisa. O processo estrutural possui bases próprias, que se diferem daquelas típicas do processo civil tradicional, o que acabará por refletir nas noções de estabilização da demanda, de preclusões, de coisa julgada, de poderes do juiz, de execução, entre outros.

São Paulo: Saraiva, 1 997, p. 6/7 a*pud* DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 339).

[169] O contraditório representa mais do que um formalismo do processo, é antes de tudo uma garantia constitucional, da essência do processo.

[170] "O modelo processual civil brasileiro é um modelo caracterizado pela rigidez. São rígidas as regras para a fixação do objeto do processo e também as relacionadas à preclusão das questões incidentais e à preclusão máxima, representada pela coisa julgada. Essa rigidez, ora se fundamenta na necessidade de segurança jurídica (coisa julgada), ora se fundamenta na necessidade de garantir a marcha processual, evitando retrocessos procedimentais (estabilização da demanda e preclusões)" (COSTA. Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo .*In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 414).

[171] Faz-se a ressalva às modificações implementadas com a promulgação do CPC/15, especialmente as referentes à ampla convencionalidade do procedimento pelas partes (art. 190 do CPC).

[172] "A flexibilização nesses casos é que proporcionará o uso de técnicas compatíveis com as necessidades concretas, sem representar violação de garantias. Diferentemente, o contraditório, por exemplo, pode ser muito mais efetivo com uma ampla participação. Assim, também, haverá espaço para a isonomia e para ampliação do acesso à justiça. Lembre-se, por fim, que flexibilização não é sinônimo de aleatoriedade ou arbitrariedade. A participação aliada a um papel (cri)ativo do juiz traz a possibilidade de que se estabeleça conjuntamente como se dará o próprio procedimento" (FERRARO, Marcella Pereira (2015). Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. p. 82. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Brasil).

Carlos Alberto de Salles expressa bem essas mudanças:

> O reconhecimento dessa nova dimensão da atuação judicial é necessário para que a condução do processo e a interpretação de suas normas seja feita sob premissas corretas, sem que ocorra a omissão do caráter e da significação pública desse tipo de litigância. **É preciso que o direito processual apresente respostas para o novo tipo de lide colocado ao sistema jurisdicional buscando canais que permitam o completo desempenho das novas funções que lhe são emprestadas. As mudanças sentidas pelo sistema processual tornam bastante tênues a divisão entre processo e substância, de modo que o mau entendimento e aplicação das normas processuais pode gerar resultados efetivamente substanciais**. (grifo nosso).[173]

Entretanto, não se está defendendo o desapego completo ao formalismo processual, mas a adequação dessas regras às peculiaridades do processo estrutural e às características dos litígios dessa natureza. Ademais, qualquer mitigação de aplicação de regras processuais deverá observar o modelo constitucional de processo, em respeito às premissas processuais da CRB/1988.

Por essa razão, torna-se necessário mitigar a aplicação rígida dessas regras da legislação processual, em respeito às bases do processo estrutural, que demandam certo "desapego" do formalismo processual.

3.4.4.2 Fundamentos do processo estrutural

Quando se fala em fundamentos do processo estrutural, está-se referindo à base principiológica sobre a qual a matriz processual está calcada. Essa denominação decorre da própria essência da palavra *fundamento*, que tem o significado de "alicerce, base". Nesse sentido, intenciona-se enfocar os princípios[174] informadores dos processos estruturais, onde, afinal, residirão seus fundamentos.

Esses princípios são normas de caráter eminentemente finalísticos, exprimindo uma orientação prática, um conteúdo a ser atingido, o estado de coisas que deve ser buscado[175]. Tal estado de coisas somente se realizará a partir de determinados comportamentos; ou seja, os princípios elencados determinarão a obrigatoriedade da adoção de certos comportamentos, com o objetivo de se atingir uma finalidade.

---

[173] SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. .*In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 223/224.

[174] Segundo lição de Humberto Ávila, *os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido*, isto é, exprime uma orientação prática (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102 e ss).

[175] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102.

O processo estrutural, como visto, tem por mote implementar uma reforma na estrutura de entes e organizações, de natureza privada ou pública, bem como concretizar, além dos direitos fundamentais e dos valores públicos constitucionais, determinadas políticas públicas, resolvendo litígios complexos.

Na esteira do entendimento de Humberto Ávila, os fundamentos do processo estrutural, como alicerce principiológico, estão relacionados a quais princípios deverão ser observados no processo estrutural, para o tratamento adequado de conflitos de matriz estrutural, de modo a alcançar o estado de coisas a ser promovido, reestruturado.

> Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção. [176]

Faz-se um alerta à diferenciação entre princípios e valores. Conforme Humberto Ávila[177], os princípios não são apenas valores, situados no campo axiológico de atribuição de qualidade positiva a determinado elemento e cuja realização depende das preferências pessoais. Muito pelo contrário, eles instituem um dever de comportamento necessário à realização de um estado de coisas, situando-se no campo deontológico.

Há, portanto, um rol de princípios que compõem a fundação dos processos estruturais, sendo eles: o democrático, o do contraditório; o da máxima amplitude da tutela jurisdicional; o da harmonização dos valores em jogo; o da atipicidade dos meios executivos e o da solução consensual dos conflitos, entre outros.[178]

3.4.4.2.1 O princípio democrático e o princípio do contraditório

Os litígios estruturais, no atual modelo constitucional, exigem que o processo seja ditado por uma ampla participação dos sujeitos processuais. Em um regime democrático (art. 1º, CRB/1988), é imperioso que se garanta a efetiva participação dos destinatários da decisão em formação, uma vez que eles também compõem o elenco de protagonistas do processo.

---

[176] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102.
[177] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 104.
[178] NUNES, Leonardo Silva; Cota, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos Litígios aos Processos Estruturais: pressupostos e fundamentos. *In: Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior.* FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Como visto, o processo estrutural tem por pressuposto a participação potenciada, sendo mister em um regime democrático-participativo que os mais diversos mecanismos processuais sejam implementados para garantir que os sujeitos titulares dos múltiplos interesses envolvidos no litígio estrutural participem da composição da decisão estrutural. Sem esse fomento, o processo perderia sua razão de ser e se equiparia a um típico litígio bipolar.[179]

Há, portanto, a necessidade de transformar o *locus* processual em um campo fértil e adequado para o diálogo, para o tratamento dos mais diversos interesses, mesmo que conflitantes.

A legitimidade do provimento jurisdicional só é alcançada quando se oportuniza a mais ampla publicidade e participação e o reconhecimento dos atores que devem, necessariamente, ser ouvidos.

Logicamente, que não se busca trazer para o bojo do processo, institucionalizado, todos os interesses individualmente reconhecidos, com o intuito de dar-lhes efetividade, conquanto isso seria impossível procedimentalmente. Contudo, o que se busca é, ao máximo, alargar o espectro da participação, fazendo com que os mais diversos interesses sejam abarcados e que os grupos diversos sejam representados de forma adequada.[180]

Essa necessária oxigenação do processo estrutural passa pela criação ou expansão de mecanismos de ampliação do debate público e pela apreensão dos reais interesses em

---

[179] Nessa linha, transcrevem-se as lições de Marcella Pereira Ferraro, citando Susan Sturm: "A participação tem de ser ampla, possibilitando a presença de diferentes atores, espontaneamente ou provocados. Pode ter-se uma interação interinstitucional, dando abertura aos demais poderes, para que de uma maneira conjunta viabilizem o dimensionamento do problema e a construção de potenciais soluções. E isso não apenas com o envolvimento das autoridades que controlam as respectivas instituições, mas com diferentes órgãos públicos, também os ditos técnicos, para aumentar e aprimorar a informação disponível. Há também a participação da própria academia, por meio das universidades, auxiliando na coleta de dados ou na apresentação de estudos úteis às questões debatidas. A sociedade civil também tem o seu papel, abrindo-se espaço para sua participação por meio das diversas organizações, ainda que não tenham legitimidade para propor ação coletiva, podendo figurar no processo, por exemplo, como *amici curiae*. Igualmente, são viáveis figuras mistas, já existentes ou criadas em razão do litígio, como comissões para acompanhar a implementação, composta por diferentes agentes, estatais ou não. É importante ampliar a participação não apenas para representar os diferentes interesses imbricados que estariam em disputa com o do grupo que tem o seu direito violado, mas também em relação ao grupo mesmo, trabalhando com a questão da representação adequada, em sentido amplo, dos interesses, pois não necessariamente (tampouco provavelmente) se estará lidando com um grupo homogêneo" (FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural.* 2015. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, p. 129/130).

[180] "(...) a necessidade de controle da representatividade adequada é imposição que decorre da garantia do devido processo legal. Afinal, não é possível que se admita a vinculação de interesses de terceiros ao resultado de certo processo se, deum lado, não lhes foi autorizada a participação e, de outro, não houve a adequada representação de seus interesses ou de suas posições no processo" (ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 437/438).

conflito, o que é possível, por exemplo, por meio da realização de audiências públicas[181] e da participação de determinados atores auxiliares (entidades/órgãos públicos ou privados), com a criação comissões, grupos auxiliares ou grupos de trabalho e de plataformas de transmissão de informação e de controle das atividades, como realizado no caso da ACP do Carvão de Criciúma.

O tratamento adequado de litígios estrutural funda-se, assim, na participação, como defende Francisco Verbic:

> A esta altura de los tiempos resulta imprescindible contar con una participación más intensa de los ciudadanos a fin de obtener una mejor gestión de la cosa pública, lo cual dispara inmediatamente la necesidad de pensar en instrumentos adecuados que habiliten tal participación.[182]

Diretamente ligado ao princípio democrático, o processo estrutural, no âmbito de uma matriz constitucional de processo, é pautado pelo dever de observância do princípio do contraditório (art. 5º, LV, CRB/88), como garantia de uma efetiva participação e de legitimidade da decisão a ser proferida.

Em um processo comparticipativo (art. 6º, CPC)[183] e democrático, que observa o modelo constitucional de processo, o princípio do contraditório exerce papel importante, no sentido de garantir a releitura de toda a *práxis* processual. O contraditório, como pontua Cabral, atualmente é caracterizado como verdadeiro direito de influência[184] e não surpresa.

> É necessário que o princípio do contraditório passe a expressar, para as partes, mais do que aquela garantia fazzalariana de participação isonômica no procedimento. Ele precisa alcançar a garantia de participação efetiva na preparação dos atos jurisdicionais. Com o novo conceito, a partes adquirem poder de influência sobre o

---

[181] CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista de Direito do Estado*. Vol. 2, p. 199-214. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[182] VERBIC, Francisco. Ejecucion de sentencias em litigios de reforma estructural-dificultades políticas y proceimentales que inciden sobre la eficácia de estas decisiones. XXVII Congresso Nacional de Derecho Procesal. Córdoba, 2013. Disponível em: < https://www.academia.edu/33441612/Ejecuci%C3%B3n_de_sentencia_en_litigios_de_reforma_estructural._Dificultades_pol%C3%ADticas_y_procedimentales_que_inciden_sobre_la_eficacia_de_estas_decisiones>. Acesso em: 8 mai. 2018.

[183] "Em caráter contrafático (inibidor dos referidos comportamentos) se trata de uma releitura democrática normativa da cooperação em perfil comparticipativo, que leva a sério o contraditório como influência e não surpresa, de modo a garantir a influência de todos na formação e satisfação das decisões e inibir aqueles atos praticados em má-fé processual. A correção normativa que se extrai da comparticipação (ou cooperação, desde que relida em perspectiva democrática), afasta as visões estatalistas e tenta primar por um comportamento objetivamente vinculado à boa-fé. Nestes termos, não é possível mais ler, sob a égide do Novo CPC, a cooperação como singela colaboração, como realizado pela doutrina legatária da socialização processual (que advoga o protagonismo do Estado-Juiz tão somente na aplicação do Direito). É preciso ler a referida cooperação, como corolário do contraditório como garantia de influência" (THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, p. 52-53).

[184] CABRAL, Antônio do Passo. El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Vol.16, año 14. 2010, p. 261-278. Disponível em: <https://www.academia.edu/3674227/El_principio_del_contradictorio_como_derecho_de_influencia_y_deber_de_debate>. Acesso em 23 abr. 2018.

> conteúdo das decisões e o resultado do processo, evitando surpresa no provimento.[185]

Afastando-se de concepções clássicas do contraditório como simples direito de manifestação (bilateralidade de audiência)[186] perante uma autoridade superior imparcial e inatingível, atualmente, o princípio impõe ao magistrado uma modificação de postura, com a atribuição de deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os sujeitos processuais.

O princípio do contraditório impõe que todos os sujeitos do processo dialoguem e formem em conjunto as decisões judiciais, garantido uma igualdade efetiva. O contraditório passa a ser concebido como o direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa (art. 10, CPC). Ademais, o vigente modelo cooperativo de processo estimula os sujeitos processuais a buscarem o mútuo auxílio e o diálogo, criando um ambiente normativo capaz de induzir à comparticipação.

Assevere-se que a perspectiva de leitura dinâmica do contraditório não pode ser vislumbrada como um mecanismo formalista e protelatório, especialmente pelo réu que sucumbiu, sendo que é dever do juiz velar pela adequada aplicação do princípio.

O grande desafio, portanto, na leitura do contraditório nos processos estruturais, é viabilizar a participação, se não como sujeitos processuais, ao menos por meio de uma representatividade adequada, dos titulares do direito material violado. Comtemplar diversos interesses e pontos de vista, que podem contribuir para a formação do provimento, é possível e revela-se essencial dentro de uma realidade fática e processual totalmente diversa.

3.4.4.2.2 A máxima amplitude da tutela jurisdicional e a harmonização dos valores em jogo

Como meio apto a tutelar direitos coletivos, o processo estrutural também está orientado pelo princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, estando a serviço dos interesses envolvidos nas mais diversas técnicas e procedimentos previstos na legislação.[187] Este princípio prevê um caráter de total fungibilidade e efetividade para as mais

---

[185] MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 2, n. 1, 2016, p. 51.

[186] NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. 1ª ed., 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 224 e ss.

[187] Este princípio está expressamente consagrado no art. 83, Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), art. 212, Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); art. 82, Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e art. 21, Lei 7.347/1985.

diversas técnicas e procedimentos, que poderão ser adotados para a garantia da proteção adequada de direitos.[188]

Daniel Amorim Assumpção Neves define a abrangência da tutela jurisdicional como a possibilidade de toda e qualquer demanda e de toda e qualquer espécie de tutela ser admissível para promover uma adequada e efetiva tutela dos direitos materiais:

> Por outro lado, o princípio da não taxatividade também deve abranger as diferentes espécies de tutela jurisdicional, sendo possível por meio do processo coletivo a obtenção de tutelas condenatórias - de fazer, não fazer, entregar, pagar -, constitutivas, meramente declaratórias, executivas, cautelares, executivas lato sensu e mandamentais. E dizer que todas essas espécies de tutela jurisdicional podem ser obtidas no processo coletivo significa que todas as diferentes espécies de ação, veiculando os mais diversificados pedidos, serão admitidas no plano do processo coletivo.
> Nesse sentido, a redação do art. 83 do CDC, ao prever expressamente a admissibilidade de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos materiais, aplica-se a todas as diferentes ações coletivas. [189]

O processo estrutural também é orientado por este princípio, com vistas a garantir maior flexibilidade e amplitude à tutela dos direitos materiais violados e a real instrumentalidade do processo.

Neste cenário, os sujeitos processuais, atuando em comparticipação, ainda devem zelar pela utilização do processo como meio orientado à harmonização dos valores em jogo; algo que resulta natural, diante da multiplicidade de interesses envolvidos e da causalidade complexa.

Por valores está-se entendendo os valores públicos constitucionais reputados juridicamente relevantes, na acepção de Owen Fiss[190], os quais, como o respeito à dignidade

---

[188] "Este importante princípio tem uma faceta dupla: ao mesmo tempo em que não se pode negar o acesso à justiça aos direitos coletivos novos, já que o rol do art. 1º da Lei n° 7.347/1985 é expressamente aberto ("*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*", inciso IV desse artigo; também constitucionalmente assegurado, art. 129, III, da CF/1988, "*outros interesses difusos e coletivos*"), quaisquer formas de tutela serão admitidas para a efetividade desses direitos, nos termos do que prevê o art. 83 do CDC ("Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis *todas as espécies de ações* capazes de propiciar sua *adequada e efetiva tutela*")" (DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 121).

[189] NEVES. Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo: volume único*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2016, p. 147.

[190] "Atualmente, os valores que se encontram-no núcleo da maioria dos litígios estruturais – a igualdade, o devido processo legal, a liberdade, a segurança do indivíduo, a punição sem uso de meios considerados cruéis e incomuns – não são incorporados em proibições textualmente específicas. (...) A ausência da especificidade textual não torna os valores menos reais ou importantes. Os valores incorporados nessas proibições não textualmente específicas, como a garantia da igualdade de tratamento e do devido processo legal, são fundamentos para a ordem constitucional. Conferem à sociedade identidade e coerência interna – sua moralidade pública característica. Portanto, a ausência de uma proibição textualmente específica não implica na falta de importância de tais valores, mas torna a atividade de dotar-lhes de significado mais árdua: menos confiança pode ser conferida ao texto" (FISS, Owen. As formas de justiça. *In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 128/129).

da pessoa humana, são múltiplos em um processo de caráter estrutural, em razão da existência de diversos interesses em jogo, sejam eminentemente públicos[191] ou dos mais diversos grupos sociais.

Qualquer processo estrutural deverá ter por fundamento o dever comportamental dos sujeitos processuais de buscar maior harmonização desses valores no bojo do conflito, cabendo ao juiz adjudicar-lhes significado. Por isso, impende admitir-se, de forma ampla, para maior concreção desse objetivo, a flexibilização procedimental e, mesmo, a releitura de alguns dos institutos tradicionais do processo, em atenção ao pressuposto do "desapego" do processo estrutural às formalidades, a fim de que o modelo adotado, ou construído, possa melhor atender às peculiaridades do conflito.

3.4.4.2.3 A solução consensual dos conflitos e a atipicidade dos meios executórios

Os litígios estruturais parecem melhor se conformar à ideia de decisões construídas por força da negociação dos diversos atores envolvidos, em razão da modificação profunda que o Direito Processual brasileiro vem sofrendo com o avanço dos métodos alternativos/adequados de resolução dos conflitos e da implementação de um modelo processual marcado pela comparticipação, cooperação, consensualidade e participação potenciada.

O Direito brasileiro, após as recentes alterações legislativas, em especial com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, passou a valorizar a existência de um sistema de justiça multiportas, não sendo a jurisdição estatal clássica o único meio de resolução adequada dos conflitos. A esse respeito, citam-se se os apontamentos de Marco Antônio Rodrigues e Rodrigo Gismondi:

> A autonomia privada e a consensualidade atualizam os contornos da atividade jurisdicional. Pode-se identificar "um verdadeiro microssistema de proteção do exercício livre da vontade no processo", evidenciado pelo prestígio normativo à autocomposição (art. 3º, §§2° e 3°, do CPC/15), aos atos cooperativos (arts. 5° e 6°, do CPC/15), à arbitragem (art. 31 da Lei n° 9.307/96), a diversos negócios jurídicos processuais típicos (*v.g* cláusula de eleição de foro, calendário processual, renúncia ao prazo, acordo para suspensão do processo, organização consensual do processo, adiamento negociado da audiência, convenção sobre ônus da prova, escolha consensual do perito, etc.) e com a previsão expressa de uma cláusula geral de negociação processual (atípica) no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015. [192]

[191] Ver THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Public interest litigation and co-participative judicial enforcement of public policies. *Civil Procedure Review*, v. 5, p. 20-58, 2014. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=92&embedded=true>.

[192] RODRIGUES, Marco Antônio. GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 144).

Tem-se em mente que o processo deve ser estruturado e compreendido em vista da situação jurídica material para a qual serve de instrumento. Ou seja, para cada caso aplicam-se os instrumentos de solução que melhor se adequem àquela realidade.

Quando se pensa no objetivo finalístico do processo estrutural, voltado para a reestruturação completa de uma organização estatal ou privada, que, de modo sistêmico, viola direitos fundamentais, é preciso ter em mente que a adjudicação desses direitos, por meio das *injunctions*, não será de fácil solução e terá forte resistência/controvérsia. Por isso, em litígios estruturais a solução consensual[193] e negociada parece ser a melhor (se não uma das) via, com o estímulo à abertura dialógica e à harmonização dos valores em jogo.

É nesse sentido que se afigura toda a possibilidade de negociação sobre o objeto material do conflito, a forma de cumprimento da decisão e as regras procedimentais, entre outros pontos passíveis de consenso, observadas as restrições previstas pelo ordenamento jurídico.

Ressalte-se que diversas precauções devem ser tomadas[194], ligadas ao respeito aos princípios que regem as modalidades de obtenção de consenso (mediação e conciliação), à publicidade e à participação dos interessados e dos titulares do direito material objeto do consenso e ao equilíbrio da representação processual, da legitimidade da solução consensual e da capacidade técnica e econômica das partes.

Outrossim, ainda no rumo do consenso, estariam as partes autorizadas a definirem meios atípicos de execução[195] (art. 139, IV, do CPC) aptos à satisfação de direitos. Não obstante, considerando que nem todos os conflitos atingem um fim consensual, ao juiz caberá

---

[193] "A questão, aqui, se dá pela própria complexidade da tutela esperada: tratando-se de aspectos com impacto social elevado, relacionando-se com diferentes valores coletivos, seria razoável que os próprios envolvidos contribuíssem para a formação do provimento e para o seu contínuo aprimoramento. Mais do que uma imposição unilateral, o processo se tornaria palco de negociações e de debates prospectivos, procurando a regulação razoável" (OSNA, Gustavo. Nem "Tudo", Nem "Nada" – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 184).

[194] DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 342/345.

[195] "Dentre os dispositivos dessa espécie temos o art. 139, IV, do Novo CPC, que versa sobre os poderes do juiz na efetivação da tutela executiva ao prever que incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. (...) O dispositivo consagra de forma clara o princípio da atipicidade dos meios executivos, e nesses termos não chega a ser uma novidade, considerando-se a aceitação de tal princípio pela doutrina e pela jurisprudência durante a vigência do CPC/1973 (LGL\1973\5). A novidade pode ser computada à expressa menção de aplicação do princípio da atipicidade dos meios executivos às execuções de obrigação de pagar quantia certa, em previsão não existente, ao menos não de forma expressa, no diploma processual revogado" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. Revista de Processo. vol. 265/201, p. 107-150, mar/2017.

a tarefa de fixar na decisão quais os meios/medidas típicos ou atípicos para o seu cumprimento.[196]

No bojo do processo estrutural, a previsão legal das medidas executivas atípicas no art. 139, IV, do CPC, somada à cláusula geral da negociação processual, gera uma proposta comparticipativa de implementação de direitos, conquanto o juiz, ao julgar qualquer demanda estrutural, deve se preocupar com o cumprimento da decisão, com a sua efetividade.

Há, portanto, uma ampliação da responsabilidade decisória e consensual entre os sujeitos processuais, sendo o mote principal dessas medidas garantir a implementação das *injunctions*. Normas mais flexíveis e provisionais, associadas a procedimentos negociais, de participação e de supervisão das medidas adotadas, acabam por permitir a definição e a revisão das medidas a serem aplicadas ao caso concreto de modo mais adequado, possibilitando o real implemento da decisão estrutural, como prelecionam Lênio e Dierle Nunes:

> A ampliação do âmbito de responsabilidade decisória para além da declaração deve ser levada em consideração para qualquer tipo de litigiosidade, o que nos parece ser o cerne do novo artigo 139, IV, do CPC 2015. Assim, esta dimensão da atividade decisória, especialmente dentro da imbricação cognitivo-executória aqui pontuada, ganha ainda mais importância quando se percebe a insuficiência da abordagem recorrente da atividade executiva, de busca de uma imposição unilateral pelo juiz de um comando recorrentemente nada efetivo (por exemplo, construam-se casas ou se oferte um tratamento médico sob pena de multa!!??), ou a abordagem inaugural das litigâncias de interesses público e dos pronunciamentos para promoção de reformas estruturais. [197]

Afinal, a execução no processo civil clássico sofre com a insuficiência de medidas, normalmente típicas, efetivas para o alcance do implemento das decisões, sendo que a possibilidade de aplicar-se medidas atípicas, de caráter amplo e para qualquer tipo de obrigação, reputa-se essencial para se atingir as soluções cabíveis para a mudança institucional que se espera.

---

[196] "Esse tipo de litígio exige medidas muito diversas daquelas usualmente utilizadas em processos individuais. Em vez de uma declaração precisa e acobertada pela imutabilidade decorrente do trânsito em julgado, são esperadas ordens contingentes, adaptáveis às dificuldades que surgirem durante o processo de reforma. Em vez que uma decisão estática e final, requer-se uma solução incremental, capaz de abarcar as relações jurídicas em constante mutação ao longo do tempo" (VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 341).

[197] STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?. Conjur. 25 de agosto de 2016. p. 4. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016ago25/senso-incomuminterpretarart139ivcpccartabrancaarbitrio.

4. Interações dos Litígios Estruturais com o Regime Processual Civil: a Participação e o Instituto do Pedido

Os litígios estruturais muito se diferem daqueles submetidos ao tradicional processo civil bipolarizado (ou dual), para o qual foi desenhada toda a legislação processual civil. Suas características, pressupostos e fundamentos formam um modelo processual que impacta diretamente a aplicação de diversos institutos do Direito Processual Civil, exigindo deles remodelagem e reestruturação, com o intuito de torná-los adequados a essa nova tipologia de litígio.

Fazendo um recorte necessário aos limites estabelecidos para essa pesquisa, passa-se, agora, à análise do instituto processual do pedido e da participação, buscando evidenciar como ambos classicamente concebidos, poderão interagir com o processo estrutural, salientando quais remodelagens serão necessárias para garantir sua aplicabilidade a uma matriz processual totalmente diversa.

Observe-se que não se está descartando todo o percurso histórico de desenvolvimento desses institutos processuais, mas apenas se visa à adequação destes a uma realidade diferente, que demanda a reestruturação das bases do processo civil clássico, o que acaba por impactar diretamente os institutos que dela derivam.

4.1 A participação no Direito brasileiro: um quadro crítico

No direito brasileiro, especialmente na tutela coletiva de direitos, a participação dos reais afetados pela situação de vulneração de direitos, em decorrência da matriz individual bipolar que permeia o Direito Processual Civil, é reduzida ou inexistente.

Esses titulares de direito material acabam por ficar alijados, desconectados do conflito na seara processual. Há um verdadeiro distanciamento entre o direito a ser tutelado e os interesses dos afetados pelo provimento jurisdicional, criando-se uma cisão entre os interesses desses titulares e os interesses tutelados no processo.

No modelo de processo coletivo, estes titulares sequer são considerados sujeitos processuais, decorrendo deste fato a impossibilidade de eles se manifestarem diretamente no processo.

Logicamente, como será debatido adiante, existem fundamentos para essa separação, para esse distanciamento do titular do direito material do processo, especialmente

no processo coletivo. Contudo, essa realidade, em atenção às peculiaridades dos litígios estruturais, precisa ser modificada e reconstruída.

Na tutela individual, como regra, há a previsão de que apenas o titular do direito alegado pode pleiteá-lo em juízo, agindo este, portanto, em nome próprio (art. 18 do CPC). Consagra-se a legitimação ordinária, sendo excepcionalmente admitida a defesa de interesses individuais por terceiros, desde que autorizados pelo ordenamento jurídico[198].

Em conflitos puramente individuais, nos quais se discute o interesse de um sujeito, o autor, em contraponto ao interesse do réu, observa-se que a formatação do conflito entre as partes, A e B, cria um óbice à participação de terceiros estranhos a essa relação jurídica.

Ademais, a única forma de participação de terceiros em conflitos individuais é por meio das formas de intervenção de terceiro, que derivam exclusivamente da lei (art. 119 e seguintes do CPC) em hipóteses bem restritas, ligadas a questões de interesse direto ou de responsabilidade por determinado ato jurídico.

Como será evidenciado adiante, contudo, determinados litígios tidos como puramente individuais, nos quais se discutem os interesses pessoais das partes, acabam por representar um recorte de uma situação maior de vulneração de direitos ou uma das formas de expressão dos interesses em jogo.

O caso envolvendo a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto, que será debatido adiante, é um exemplo dessa situação, por se tratar de uma Ação Ordinária ajuizada pelo município de Ouro Preto em face do nosocômio, em virtude de um contrato existente, mas que tinha por pano de fundo uma situação de vulnerabilidade de direitos de toda uma coletividade.

Isso é o que se pode chamar de "interesses intermediários", que podem ser tratados de modo individual ou coletivo ao mesmo tempo, em razão da garantia constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5°, XXXV, da CRB/1988) [199]. Dessa forma, o tratamento de determinados litígios, como os estruturais, sob esta ótica, acaba sendo

---

[198] NUNES, Leonardo Silva. *Mandado de Segurança Coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, pp. 268/271.

[199] "O problema que se verifica, porém, é que, a despeito de se tratar de uma questão de alocação de bens escassos (justiça distributiva), a judicialização dos direitos sociais frequentemente se realiza de forma individualizada, atomizada. É que os direitos sociais são direitos de todos, mas também são direitos de cada um. Sob este último enfoque, eles possuem estrutura de direito subjetivo e, portanto, uma vez violados podem ser exigidos judicialmente por cada um dos seus titulares. É o que garante o também direito fundamental da *inafastabilidade da tutela jurisdicional* (art. 5º, XXXV, CF)" (COSTA. Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. *.In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 405-406).

inadequado, em especial, por afastar os reais afetados, os titulares do direito material, do âmbito do Poder Judiciário.

De outro lado, na ótica processual coletiva, diferentemente dos sistemas que têm por base a *class action*[200], por uma escolha legislativa, no Direito brasileiro optou-se por indicar na legislação vigente um rol de legitimados ativos para o manejo das ações coletivas, estabelecendo parâmetros objetivos para a representação dos direitos coletivos *lato sensu* (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor).

A legitimação *ope legis*, extraordinária, importa em que a determinados entes, públicos ou privados, previamente estabelecidos pela legislação, é conferido o manejo do direito de ação para a tutela de direitos coletivos sobre os quais aqueles não possuem qualquer titularidade.

Trata-se de uma técnica legislativa de legitimação ativa para as ações coletivas, de uma legitimação por substituição processual autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva.[201] A legitimação extraordinária é autônoma, em razão de o legitimado conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso, e exclusiva, atuando apenas um legitimado como protagonista da situação litigiosa ou como assistente litisconsorcial.

Ademais, a legitimação extraordinária é concorrente, em razão da autorização legal para mais de um legitimado atuar em juízo na tutela dos direitos coletivos, e disjuntiva, vez que cada ente legitimado a exerce independentemente da vontade dos demais colegitimados. Dessa forma, observa-se, que, em tese, a sistemática processual de aferição da legitimidade ativa no Direito Processual Coletivo deriva exclusivamente de mera subsunção legal, de uma análise objetiva da existência de autorização legal, para que o ente em questão exerça a defesa em juízo dos direitos coletivos *lato sensu*.

Há que se ressaltar que a análise objetiva da legitimidade ativa do ente, em alguns casos, já vem sendo mitigada, com a implementação do mecanismo da representação adequada. Essa adequação, em determinados casos, como o das associações, já tem previsão legal, com a necessidade de constituição há pelo menos um ano e de inclusão da proteção dos interesses lesionados entre suas finalidades (art. 5º, V, a e b, da Lei n° 7.347/85 e art. 82, III, do CDC).

---

[200] "Os sistemas que têm por base a *class action* adotam a legitimação fundada na "adequada representação". Em outras palavras, significa que os princípios correlatos ao devido processo legal se confirmam, então, pelo controle dessa legitimação pelo juiz. É que as partes "representam" a classe, ou seja, a classe está presente no julgamento" (DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 194).

[201] DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

O STF, em alguns casos, já adota critérios para a verificação da representatividade adequada do legitimado, em especial sobre a existência de vínculo de afinidade entre o legitimado e o objeto litigioso, a chamada "pertinência temática". Como exemplo pode-se citar o julgamento da ADI 3.943, na qual o STF reconheceu que a Defensoria Pública tem legitimidade para a tutela coletiva, com base em suas finalidades institucionais; ou seja, para a tutela dos necessitados.

A utilização da técnica da legitimidade ativa *ex lege*, mesmo quando analisada na perspectiva da representação adequada em determinados casos, passando por um filtro judicial, acaba por evidenciar a pessoalização dos direitos coletivos e a atuação solipsista, "descolada" da realidade[202], por parte dos legitimados.

A representação dos interesses postos em cena em litígios coletivos se mostra fictícia, vez que legitimados extraordinários concorrem para defesa da tutela coletiva dos direitos, a partir de uma matriz processual individual bipolar[203], em que estes, sem qualquer filtro de representação dos interesses, decidem os contornos da demanda, a condução do processo e quais interesses coletivos estão sendo tutelados, entre outras questões.

Edilson Vitorelli faz uma ressalva acerca da atuação do representante, salientando a existência de certa margem de liberdade para agir em determinadas situações, as quais não poderão ser recorrentes, em razão da anormalidade da ação em total contraponto aos interesses do representado, e demandarão reflexão por parte do representante:

> A vontade dos representados, conquanto relevante, pode não ser um guia suficiente para a atuação do representante. Por exemplo, os representados podem não ter opinião formada sobre uma situação, podem não compreender todos os elementos nela envolvidos, ou podem ser indiferentes às alternativas presentes. Caso o representante aja em nome de vários representados, eles podem ter opiniões divergentes, sem que exista uma forma predeterminada de se superar o impasse entre eles e sem que o representante possa adotar condutas distintas em relação a cada um. Nessas situações, o representante tem maior margem de liberdade para agir orientado por aquilo que julga ser o melhor interesse dos representados.

---

[202] "Ao que parece, a legislação supõe que esses agentes públicos, pela simples razão de estarem vinculados a uma instituição pública, acabam por adquirir uma imaginada "onisciência", de modo a conseguir representar com seu pedido de tutela jurisdicional – e, posteriormente, com seu agir processual – todo o anseio da sociedade. Obviamente, essa impressão não é real e o processo coletivo acaba por transformar-se no desejo de uma pessoa – "ungida" de um cargo público ou, eventualmente, da representação de certa associação – que se proclama arauto da sociedade e que formula os pedidos que deseja e conduz o processo da forma como quer" (ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 423-448).

[203] "Provavelmente, uma das características mais marcantes do litígio estrutural é a multiplicidade de interesses que se inter-relacionam sobre o objeto do litígio. Ao contrário do litígio tradicional, de estrutura bipolar – ou seja, com dois polos bem definidos, um buscando algo e outro resistindo a essa pretensão – o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado" (ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 423-448).

> A dificuldade maior está na situação em que a vontade do representado ou do grupo é conhecida pelo representante e ele, apesar disso, age de modo contrário a ela, sob o argumento de que essa vontade não coincide com os seus melhores interesses. (...) Esse conflito sempre demandará uma reflexão, pelo representante, acerca das razões de sua discordância, levando-o a desconfiar de suas próprias visões e, por isso, a reexaminá-las criteriosamente. Agir contra a vontade do representado não é necessariamente ruim ou errado, mas é certamente anormal e não pode ser visto como algo rotineiro. Por essa razão, é ônus do representante apresentar ao representado as explicações de sua conduta, esclarecendo os motivos pelos quais seus interesses são melhores servidos pela desconsideração de sua vontade. [204]

Portanto, há um verdadeiro risco de se criar um descompasso entre a pretensão exposta pelo representante da coletividade e o real interesse desta. Os inúmeros interesses multifacetados, imbricados e antagônicos, por uma impossibilidade lógica do processo e pela atuação deficitária do ente legitimado, não são apreendidos e tratados no bojo do processo. Também, a pretensão exposta na demanda coletiva, que está sujeita a critérios preclusivos rígidos, acaba, muitas vezes, por não evidenciar o real interesse dos titulares do direito material.

Esse quadro acaba por demandar uma revisitação de todo modelo de participação e de representação dos interesses nos processos coletivos, afastando-se da tradicional visão de que os legitimados estão aptos a absorver todos os interesses e possuem todos os mecanismos para a condução da marcha processual de modo solitário, como se este processo fosse de natureza individual, entre A e B.[205]

Há, aqui, uma mudança de pensamento e de atitude, tornando-se a participação essencial nos processos estruturais, como uma garantia processual constitucional dos titulares do direito material violado, na esteira de carrear efetividade e legitimidade ao provimento jurisdicional e, bem como, proteção e voz a esses titulares de direitos alijados.

Por fim, cumpre ressaltar que toda a estrutura processual individual e coletiva foi construída objetivando assegurar a viabilidade processual do exercício do direito de ação e da tutela dos direitos individuais e coletivos, cada um com suas peculiaridades, sendo que a técnica da legitimação ativa *ex lege* foi o aparato normativo criado que mais se mostrou compatível e adaptado para garantir a tutela coletiva.

---

[204] VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 231.

[205] "Isso significa que, da perspectiva endoprocessual, não há grandes diferenças entre o devido processo legal individual e o devido processo legal coletivo. Desconsideradas as relações que o autor coletivo mantém com a sociedade substituída, não há muitas "adaptações" do devido processo legal individual para a demanda coletiva. Há, certamente, regras diferentes, mas elas pouco se referem ao cerne da garantia de participação" (VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 161).

Por mais que problemas sejam apontados após se traçar o cenário atual da participação dos titulares do direito material no âmbito dos processos coletivos, há que se ressaltar que não se está defendendo o abandono da legitimação ativa *ex lege*, mas sim a oxigenação do processo pela participação dos titulares do direito material e a representação adequada dos interesses em jogo pelos legitimados, em complementação, a partir da implementação de um controle judicial em concreto da legitimidade do ente.[206]

Viabilizar essa participação e propor meios viáveis para a consolidação de um novo modelo são os desafios aqui enfrentados, tendo que levar em consideração que a participação dos titulares do direito material violado não se limita à delimitação da pretensão, traduzida em demanda, mas, também, na construção do provimento jurisdicional.

4.2 A participação no processo estrutural: uma necessária transformação.

Na ótica dos litígios estruturais, policêntricos, altamente complexos, com interesses imbricados e com um objetivo prospectivo, como explanado, aponta-se a necessidade de revisitar toda o modelo de participação e representação dos interesses nos processos coletivos[207], afastando-se da tradicional concepção clássica, conforme demonstração na seção anterior.

Esses litígios, certamente, não podem ser tratados na ótica individual, em que cada sujeito titular de um direito pleiteia-o de forma singular, sem a expansão do objeto litigioso. Ademais, a legitimação extraordinária, como atualmente posta no processo civil clássico, é apenas uma expressão da escolha do legislador para que um legitimado, em nome de um grupo, de uma coletividade, aja em conformidade com suas convicções. Este legitimado não tem que prestar contas à coletividade, não é por esta escolhido e não tem qualquer obrigação de vincular-se a suas convicções, nem de orientar-se por elas.

Adequar essa realidade a uma concepção constitucional democrática de processo se mostra essencial, especialmente ao se tratar da participação em complementariedade à

---

[206] "É preciso verificar, a bem de garantir a adequada tutela desses importantes direitos, se o legitimado coletivo reúne os atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de determinado processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais (...) Todos esses critérios para a aferição da representatividade adequada devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva" (DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 201).

[207] Em que pese a abordagem, no tocante à participação, se concentrar em litígios de natureza coletiva, como já defendido nesta pesquisa, não se desconsidera que o processo estrutural pode ser um método adequado para o tratamento de conflitos individuais (ou pseudoindividuais).

técnica de representação processual. Assevere-se que, normalmente, as técnicas processuais atinentes aos litígios estruturais serão aplicadas a conflitos coletivos.

Passa-se, na sequência, a explorar a potencialidade da participação e a mostrar como esta impacta diretamente a conformação do processo na teoria da representação processual pelo legitimado e nos mecanismos utilizados para se fomentar essa participação.

4.2.1 Participação essencial e instrumental: a busca pelo equilíbrio

No contexto do Direito norte-americano, Robert Bone[208], atentou-se para o caráter duplo da noção de participação no processo, podendo esta ser tida por essencial ou instrumental. O autor denomina estas categorias como *process based approaches* e *outcome based approaches*, respectivamente.

A participação essencial, ou *process based approaches,* sustenta que a participação é um valor processual relevante em si mesmo[209], independentemente de sua contribuição para o resultado do processo. Já a participação instrumental, ou *outcome based approaches,* defende que a participação é um valor em razão e na medida que proporciona acréscimo de qualidade ao resultado do processo.[210]

Essas duas noções de participação têm concepções diversas e consequências diferentes para o processo, sendo importante analisá-las de forma conjunta, levando em consideração a necessidade de garantir o devido processo legal, o contraditório e a participação efetiva do titular do direito material, mas ao mesmo tempo, sem se descuidar do caráter instrumental do processo e do dever de garantir uma prestação jurisdicional factível, efetiva e em duração razoável.

Susan Storm, partindo dos estudos de Owen Fiss e Fuller, traz uma possível junção dessas duas noções ao fixar os dois valores básicos para os quais a participação serve

---

[208] BONE, Robert G. The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions. The George Washington Law Review. Vol. 79. 2011.

[209] "Roughly speaking, a process-based approach holds that personal participation is required for the legitimacy of adjudication or to accord respect for the dignity and autonomy of those persons significantly affected by litigation. The process-based dimension of the day-in-court right aims to implement this participation principle, and it does so by guaranteeing personal control over the presentation of evidence, choice of arguments, and other litigation decisions" (BONE, Robert G. The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions. The George Washington Law Review. Vol. 79. 2011, p. 585).

[210] "An outcome-based approach assumes that the primary purpose of adjudication is to produce quality outcomes, where outcomes include trial judgments, settlements, and formal decisions during the course of the litigation. Outcome quality can be measured in different ways, depending on one's view of adjudication. The standard approach evaluates quality by reference to the parties' substantive entitlements. Under this view, adjudicative outcomes should fit the entitlements the substantive law creates" (BONE, Robert G. The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions. The George Washington Law Review. Vol. 79. 2011, p. 581).

no processo, realçando a necessidade de potencializar a participação para a garantia da legitimação da atividade jurisdicional e de dar voz aos titulares do direito material, algo extremamente caro em litígios estruturais:

> The process critics insistence in conformity to the formal adversary model rests on a theory of the value of participation. Within the traditional adjudicatory framework, participation serves two basic values. First, it respects the dignity of the individual by affording those "affected by the decisions which emerge from social process... formally guaranteed opportunity to affect those decisions" the opportunity to introduce information and arguments, to have one's perspective heard, underlies this value and enhances the perceived fairness of the decisionmaking process.
> Second, participation serves the instrumental value of enhancing the prospect of a reasoned and accured decision. [211]

Nesse contexto, a noção de participação deve ser interpretada de forma conjunta, com uma finalidade tanto essencial como instrumental. Essa noção pode parecer utópica, pouco realista. Entretanto, somente com uma mudança de postura e com a proposta de uma concepção contrafática é que se podem alcançar resultados mais satisfatórios ou minimamente aceitáveis.

Em litígios estruturais, em decorrência de suas características, há a necessidade de ampliar a participação dos legitimados processuais e dos titulares do direito material violado, o que acaba por demandar a modificação da estrutura processual, tornando-a permeável a essa nova realidade.

Esse novo modelo processual, ao ter por fundamento o princípio democrático e por pressupor a participação potenciada, traz em seu corpo uma séria necessidade de remodelação da concepção de participação, que deverá equilibrar as noções de participação essencial e instrumental.

Em um regime democrático constitucional, marcado pelo devido processo legal, é imperioso garantir a efetiva participação dos destinatários na decisão em formação, com o reconhecimento dos atores que devem ser necessariamente ouvidos, para se atingir a finalidade de garantir a legitimidade ao provimento jurisdicional.O princípio do contraditório impõe que todos os sujeitos do processo dialoguem e formem, em conjunto, as decisões judiciais, garantido uma igualdade efetiva e passando a ser concebido como o direito de participação na construção do provimento, na forma de uma garantia processual de influência e não surpresa (art. 10 do CPC). Ademais, o vigente modelo cooperativo de processo estimula os sujeitos processuais a buscarem o mútuo auxílio e o diálogo, criando um ambiente normativo capaz de induzir à comparticipação (art. 6º, CPC).

---

[211] STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, p. 1391-1392, 1991.

Por essas razões, se desrespeitada essa noção de processo cooperativo, fulminado está o próprio contraditório, na sua atual feição. Não mais existiria processo, mas mero procedimento; e a decisão vindoura, consequentemente, se tornaria ilegítima, por falta de contribuição das partes na sua formação.

De outro lado, é necessário ressaltar que o processo tem um fim instrumental a ser alcançado[212], um objetivo, que no processo estrutural está conectado à reestruturação de uma organização burocrática, com a finalidade de cessar uma violação sistêmica de direitos constitucionais.

A participação, portanto, deverá observar esse fim, estando diretamente ligada à efetividade da decisão, à celeridade e à definição da melhor estratégia a ser seguida. Questões de cunho econômico e de caráter pragmático, que muito fogem de uma abordagem tradicional do Direito, passam a ser observadas com maior recorrência.

Interessante notar que a visão instrumental tem um caráter mais realista, ligado a questões fáticas de cada caso e distante de um dever cego de garantia de participação de todos os envolvidos ou interessados no litígio, sem se preocupar com o potencial de cada contribuição e com a finalidade a ser alcançada.

A junção dessas duas noções, equilibrando-as, é o caminho para se garantir a potencialização da participação, que perpassará pela criação de uma *town meeting*[213], pela redefinição da ideia de representação processual e pela difusão dos mais diversos mecanismos de promoção da participação.

4.2.2 Town meeting: a transformação do Poder Judiciário

Partindo-se das características dos litígios estruturais, percebe-se que estes são policêntricos e marcados pela existência de interesses imbricados, os quais muitas vezes, são antagônicos. Nesse sentido, a sistematização do processo estrutural deve observar essa característica do litígio e buscar a melhor adequação do procedimento a essa realidade.

Considerando essa grande despolarização da demanda e as diversas zonas de interesse dos diferentes grupos sociais atingidos, é imperioso o estabelecimento de uma *town*

---

[212] DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12ª Ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

[213] YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. *UCLA Law Review*, vol. 25, 1977.

meeting nos processos estruturais. Nesse modelo, nas palavras de Vitorelli[214], que se apoia nos ensinamentos de Stephen Yeazell, o juiz atua de forma gerencial (*managerial judge*), com uma postura mais ativa e diretiva, definindo questões relevantes e conduzindo a produção probatória para fomentar ocasiões de diálogo ampliado com a sociedade impactada.

O magistrado serve-se dos mais diversos mecanismos de fomento da participação de uma ampla gama de interessados, de forma direta ou indireta, com uma constante revisitação dos fatos. O que se visa garantir é a apreensão dos interesses em jogo, das dissonâncias existentes (essenciais em qualquer democracia) e das falhas nas propostas de equacionamento do litígio, entre outras questões intimamente ligadas à sua solução.

Esse modelo possui ligação com os processos estruturais, pois não parte da suposta existência de soluções simples para litígios complexos e exige a pluralização do diálogo como condição para uma solução completa e que dê conta de todos os elementos do litígio. Este é o real objetivo do processo estrutural: promover a reestruturação completa de uma organização burocrática, para cessar uma violação sistémica de direitos. Não se analisam nessa ótica os recortes do litígio, da realidade posta, mas o todo.

Sérgio Cruz Arenhart defende que os processos estruturais devem se assemelhar a uma arena de debate, com a transformação do Poder Judiciário em mais um dos *locus* de discussão de políticas públicas, de questões complexas de amplo espectro, ligadas à saúde, à economia, à cultura, entre outras demandas sociais.

> O processo estrutural deve assemelhar-se a uma ampla arena de debate, em que as várias posições e os vários interesses possam fazer-se ouvir e possam interferir na formação da solução jurisdicional. Se o Judiciário deve chamar para si a difícil tarefa de interferir em políticas públicas ou em questões complexas no plano econômico, social ou cultural, então é certo que o processo empregado para tanto deve servir como ambiente democrático de participação. Simulando verdadeiro papel de um parlamento, constrói-se uma ferramenta adequada ao debate esperado, que legitima a atividade judicial. [215]

Assim, o tratamento de lides complexas e polimorfas deve fundar-se na participação e na publicidade[216], em sua potencialização, com vistas a tornar a arena processual um *locus* de interação comunicativa e de debate.

---

[214] VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 525-526.

[215] ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 448.

[216] "Um primeiro ponto é que a publicidade aqui há de ser tomada em um sentido mais amplo; não simplesmente significando o ato de tornar algo público (no caso, publicizar o que acontece no processo), mas na própria qualidade de ser público (no caso, um processo público), noção esta última da qual se pode retirar várias implicações, dentre elas a necessidade de maior participação de diferentes atores, publicização do debate e transparência dos atos praticados, além de motivação e fundamentação das decisões. E estão interligados. O ato

A criação e a implementação de uma *town meeting* no processo decisório dos litígios estruturais requererem uma metodologia própria, sendo que os caminhos adotados no *public consensual dispute resolution*[217], com algumas importantes adições e modificações, podem servir como base. Esse modelo de resolução de disputas apoiado no consenso passa por três estágios pré-negociação, negociação e implementação, que podem ser transpostos para esse novo modelo processual.

Em processos estruturais, o consenso exerce papel essencial, sendo um de seus fundamentos, com a figura do juiz assumindo papel significativo no estabelecimento e no controle dos processos de deliberação. O juiz, ao exercer um papel ativo, estratégico e mediador[218], promove a revelação dos interesses em jogo, por meio de procedimentos de deliberação.

O Poder Judiciário, como mais um dos *locus* de dimensionamento e de implementação de políticas públicas, no âmbito de litígios estruturais, depende da aglomeração de interesses e do envolvimento dos atores locais e dos órgãos governamentais especializados para equalizar, de forma flexível, o consenso e os atos decisórios.

Importante ressaltar que cada litígio necessita de um método de fomento à participação diferente, adequado ao conflito, aos participantes e às recomendações que deverão ser implementadas. Observe-se que litígios envolvendo saúde e educação, por exemplo, são totalmente diferentes, contemplando atores, interessados, realidades e políticas públicas, entre outras questões, que se distanciam.

Susan Storm, partindo do *public consensual dispute resolution model,* defende que um modelo deliberativo deve enfatizar a participação significativa dos interessados, uma flexibilidade na estrutura de decisão, a manutenção da imparcialidade do magistrado e o envolvimento dos atores locais, demarcando as principais diferenças para a implementação desse modelo.

> The deliberative model is designed to enable the process of remedial decisionmaking to satisfy the basic norms of legitimate public remedial process. It incorporates the strengths of the public consensual dispute resolution model - the emphasis on meaningful participation by the stakeholders, the flexible but strctured decisionmaking processes, the maintenance of judicial impartiality, and the involvement of state and local governmental actors. There are several important

---

de publicizar, em um *locus* que é público, exige ir além. A publicidade enquanto qualidade do que é público exige mais do que a publicidade enquanto ato (além de intensificá-la)" (FERRARO, Marcela Pereira. Litígios Estruturais: algumas implicações da publicidade do processo. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 541-562).

[217] FISS, Owen. ADR – Second Class Justice. Connecticut Law Tribune. Vol. 12, n° 11, march 17, 1986.

[218] COSTA. Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo .*In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

> differences, however, between public consensual dispute resolution and the deliberative model that enhance the capacity of the decisionmaking process to satisfy the norms of legitimate public remedial process. [219]

Dessa forma, a criação e a implementação de uma *town meeting* nos processos estruturais é um passo importante para garantir a tutela adequada e efetiva aos direitos em jogo, possibilitando ampla participação e formação de consenso entre os atores processuais.

4.2.3 A representação adequada: o que o modelo norte-americano oferece?

A experiência norte-americana (art. 23 da *Federal Rules of Civil Procedure*)[220] pode servir como base para o início da tentativa de aumentar o controle judicial da representatividade adequada. Nessa esteira, o legitimado deveria demonstrar interesse e habilidade para representar as pretensões da classe e demonstrar que inexiste conflito de interesses e que possui motivação adequada para atuar em nome da classe, por exemplo.[221]

A representação adequada, portanto, é um dos pré-requisitos para que a *class action* seja admitida, garantindo-se ao grupo a adequada e equânime representação. Ao magistrado cabe o dever de verificar em cada caso concreto se o postulante poderá representar de forma adequada o interesse de determinado grupo, realizando a *certification* e reconhecendo sua legitimidade para agir.

Cássio Scarpinella Bueno elenca três elementos necessários para garantir a adequada representação: ausência de conflitos de interesse, interesse e habilidade para representar os interesses do grupo e motivação:

> A doutrina elenca, para a verificação do que seja a *adequacy of representation*, a necessidade da concorrência de três elementos: os membros presentes e nomeados na ação devem demonstrar que têm efetivo interesse jurídico na promoção daquela demanda, isto é, devem dizer por quais razões promovem ação naqueles moldes (vingança pessoal?, concorrência desleal?). É inerente à figura da representatividade adequada a competência dos advogados que conduzirão a ação, mormente aquele da *class*. Neste particular, a Corte deverá examinar sua *bona fides* e sua competência técnica, vale dizer, se tem condições de vencer os desafios que são apresentados no desenvolver das ações desta espécie. Para que esteja preenchido o quesito da representatividade adequada, a Corte deverá, ainda, averiguar a inexistência de qualquer conflito interno no interior da classe, cabendo a ela, alternativamente,

---

[219] STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, p. 1434, 1991.

[220] Na legislação americana, a alínea (a)(4) da Federal Rules 23 of Civil Procedure considera como um dos requisitos de certificação das *class actions* que "*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*".

[221] "A *adequacy of representation*, representação adequada, é o resultado do alinhamento de interesses entre a parte atual e o grupo potencial de afetados em um processo judicial, de forma que os interesses potenciais do grupo sejam suficientemente protegidos pelas partes que os representam em juízo" (DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 205).

> dividir a classe tal qual apresentada inicialmente em tantas subclasses que se façam necessárias para o adequado prosseguimento da ação, cada qual com regime próprio de *class action*. [222]

Observa-se grande diferença entre o sistema norte-americano e o brasileiro no tocante à representatividade. No primeiro, o critério da *adequacy of representation* é extremamente subjetivo, cabendo ao magistrado, diante do caso concreto, definir seu conteúdo. No último, a legitimação decorre, na maioria das vezes, da lei, do papel de legitimado atribuído ao ente/organização, sendo que em determinados casos, como o das associações e dos o entes despersonalizados, os critérios são mais objetivos e vinculantes.

Assevere-se, como já demonstrado, que se está verificando uma interligação entre os modelos, com certo controle judicial da representação adequada dos legitimados, observando-se a tendência à possibilidade de controle judicial.

A proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, desenhada pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, incorporando essa necessidade, traz, em seu art. 2º[223], como requisito da demanda coletiva, a adequada representação dos interesses dos titulares do direito material violado.

Esse requisito define as bases para a análise pelo Poder Judiciário do que seria uma representação adequada. Entre os dados a serem analisados, observam-se a inclusão do histórico de proteção, da experiência do legitimado e da coincidência de interesses dos membros do grupo e o objeto da demanda, entre outros.

A proposta, nesse sentido, mesmo que um pouco distante da realidade do processo coletivo no Brasil, representa um avanço na discussão sobre a necessária representação adequada dos interesses em jogo, fixando-se premissas interpretativas para a aferição da representatividade do legitimado.

Paralelamente a um maior controle da representação adequada pelo Poder Judiciário e com base na proposta de Edilson Vitorelli[224], extraem-se formulações para se

---

[222] BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. Revista de Processo, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pag. 105.

[223]"Art 2°. Requisitos da ação coletiva - São requisitos da demanda coletiva: I – a adequada representatividade do legitimado; Par. 2° . Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c – sua conduta em outros processos coletivos; d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe" (Disponível em https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_portugues_final_28_2_2005.pdf. cesso em 01 de setembro de 2018).

[224] VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 246/254.

compor uma proposta de como a representação dos interesses em jogo pode ser melhor delineada.

A representação processual, por si só, não é incompatível com a garantia constitucional do devido processo legal, mas a representação deve ter contornos que possibilitem a estruturação de um processo apto a prestar uma tutela jurisdicional adequada ao direito material violado.

Nesse contexto, a única solução que parece viável para possibilitar uma representação adequada dos interesses dos titulares do direito material violado é embasá-la na complementariedade, não na oposição. Ou seja, a participação desses indivíduos e a representação pelo legitimado devem estar em sintonia, complementando-se e conectando-se, para que se passe a preocupar com o grau de excelência dessa representação.

Vitorelli, com base nos estudos de Pitkin, ressalta alguns elementos que compõem essa proposta:

> Pitkin sintetiza vários dos elementos acima elencados, que podem perfeitamente ser transpostos para a conduta do representante processual: representar significa agir no interesse dos representados, de maneira responsiva a eles. O representante tem independência para discernir e julgar a conduta a ser adotada. Ele não é apenas um veículo para a expressão mediada da vontade dos representados. Estes também são capazes de discernimento e julgamento, implicando que a relação carrega em si potencial de conflito, o qual, entretanto, não deve acontecer regularmente. Cabe ao representante atuar para que não haja conflito e, se houver, cabe a ele explicar as razões pelas quais os desejos dos representados não estão de acordo com os seus interesses. [225]

Partindo-se desses elementos, quatro postulados podem ser evidenciados.

Primeiro, a representação processual é um veículo para a tutela de direitos que têm titularidade definida. Ou seja, a atividade do representante não pode ser desvinculada dos interesses dos representados.

Como forma de exemplificar o dever de observação deste postulado, basta observar o litígio do desastre ambiental de Mariana/MG. A União e os estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, em conjunto com as empresas rés, a Samarco Mineração S/A, a Vale S/A e a BHP Billiton, firmaram, unilateralmente, sem a participação do Ministério Público e dos atingidos[226], um Termo de Transação e Ajustamento de Conduta em março de 2016, que redundou na criação da Fundação Renova, da Comitê Interfederativo e das Câmaras Técnicas.

---

[225] PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984, p. 209-210 *apud* VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 248.

[226] Termo normalmente utilizado para se denominar os titulares do direito material violado em razão do rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG.

Da forma como foi delineado, esse não observou o postulado da vinculação aos interesses dos representados, sendo que sequer a participação do Ministério Público foi facultada, o que redundou em sua não homologação.

Segundo, relacionado a uma atuação orbital do representante, na qual a atuação do representante é em favor dos interesses dos representados, que deverão ser percebidos e tutelados da melhor maneira possível e com certo grau de liberdade do representante na escolha dos mecanismos para a promoção desses interesses.

Nesse ponto, há que se ressalvar a possibilidade da pluralização da representação nos litígios de caráter estrutural. Partindo da existência de feixes de interesses não alinhados ou antagônicos, distribuídos entre diversos polos/grupos, é pouco provável que um representante consiga, com vigor, apreender e defender cada interesse envolvido. Assim, em determinadas situações pode ser salutar se considerar a distribuição da representação a mais de um legitimado, garantindo uma atuação orbital do representante mais adequada e precisa.[227]

O terceiro é assim definido por Vitorelli:

> (...) uma teoria geral da representação exige que o processo representativo contemple momentos participativos, anteriores, simultâneos e posteriores à atuação do representante, nos quais os representados tenham efetiva oportunidade de questionar a atuação do representante, ouvir suas explicações e, em situações extremas, demandar sua substituição ou a divisão do grupo, pluralizando a representação. [228]

E finalmente, o quarto, definido por Vitorelli da seguinte maneira:

> (...) uma teoria geral dos processos representativos expressa que nem todos os casos demandam o mesmo grau de participação dos representados. (...) À medida que a complexidade e/ou conflituosidade aumentam, é possível visualizar a necessidade de maior participação, para que os indivíduos possam ampliar o espectro de informações disponíveis para a solução adequada do caso.[229]

O terceiro e o quarto postulados, como visto, estão inter-relacionados e se referem à possibilidade de participação no processo de representação e ao grau de participação necessário. Há uma clara predileção por uma amplitude de participação (variação representativa) e pela relação de complementariedade entre a representação e a participação.

---

[227] Alguns autores defendem essa posição, em especial nos processos estruturais. Mesmo não sendo algo comum no direito brasileiro, em litígios coletivos, a proposta se revela interessante. Entre eles pode-se citar: FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017 e VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

[228] VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 252-253.

[229] VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 252-253.

Dessa forma, a observância desses postulados se revela necessária, repensando-se as bases da representação processual, sem, contudo, impor qualquer reforma legislativa no que tange ao modelo de legitimidade adotado pelo Direito brasileiro.

4.2.4 Mecanismos de participação: as "novas" e "velhas" técnicas de participação

Ao traçar esse cenário de necessária oxigenação do processo para o tratamento de litígios de caráter estrutural, torna-se importante agora delinear os mecanismos/técnicas de participação e publicidade que poderão ser implementados ou revisitados para se garantir a expansão do debate público e da apreensão dos reais interesses em conflito.

Esses mecanismos, já conhecidos e aplicados no Direito brasileiro ou totalmente inovadores, são os mais diversos e demandam a criação de toda uma estrutura processual adequada e a modificação do pensamento dos atores processuais, como se defende nesta pesquisa, para que obtenham sucesso.

Podem-se citar, de forma exemplificativa, os seguintes mecanismos: realização de audiências públicas; participação (obrigatória em alguns casos) de determinados atores auxiliares (entidades/órgãos públicos ou privados); *amicus curiae;* criação de grupos auxiliares ou de grupos de trabalho; notificação dos interessados (muito comum nas *class actions* do direito Norte-americano); participação direta do titular do direito material violado na estrutura processual (quando possível); realização de inspeções *in loco*; veiculação das informações em faturas de serviços públicos; criação de plataformas de consulta, controle e publicidade de informações atinentes ao litígio, mantida na rede mundial de computadores (como realizado no caso da ACP do Carvão de Criciúma[230]), entre outros.

Para facilitar a compreensão e aprofundar-se um pouco no debate acerca de cada um desses mecanismos, procede-se à divisão da análise dos mecanismos: de um lado, os conhecidos e usuais no Direito brasileiro (velhos), para os quais se propõe uma revisitação; e, de outro, os mecanismos novos, para os quais se propõe uma aplicação à luz desse novo modelo processual.

Faz-se antes, contudo, uma ressalva: a implementação desses mecanismos deve observar o equilíbrio proposto entre a participação essencial e a instrumental. Não se pode buscar a todo custo a participação dos titulares do direito material, mediante a implementação de todos os mecanismos aptos a esse fim no mesmo processo. Cada processo tem sua

[230] ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado.* Vol. 2, 2015.

realidade e suas peculiaridades, sendo importante que os atores processuais estabeleçam qual é o mecanismo mais adequado à potencialização da participação.

Naturalmente, mais de um mecanismo poderá ser utilizado ao mesmo tempo, mas pensar-se no caráter instrumental do processo é relevante. Ademais, não se pode perder a perspectiva de que a utilização desses mecanismos serve ao titular do direito material, para que este possa exprimir seus interesses, suas preferências e suas impressões sobre o litígio, conquanto este é o real destinatário de qualquer provimento jurisdicional.

Cumpre asseverar, por fim, que os mecanismos/técnicas de potencialização da participação não são exclusivos do Poder Judiciário, sendo salutar que os representantes processuais, em um momento pré-processual, já utilizem desses meios para aferir os interesses em jogo e a amplitude da demanda, entre outras questões.

4.2.4.1 Os "velhos" mecanismos de promoção da participação

A potencialização da participação de terceiros estranhos à relação processual, em especial no âmbito do STF, é efetivada por meio da realização de audiências públicas e da atuação de *amicus curiae*, ganhando notoriedade após a promulgação da Lei n° 9.868/99 (arts. 9°, §1° e 7°, § 2°) e da Lei 9.882/99 (art. 6°, §1°) e a regulamentação da aplicação dos institutos no regimento interno do Tribunal.

Atualmente, além de diversas outras previsões infraconstitucionais e constitucionais sobre as referidas técnicas de promoção de participação, o CPC já traz uma previsão legal específica sobre a participação de *amicus curiae* (art. 138 do CPC) e duas pequenas menções às audiências públicas, no julgamento de IRDR e no dos Recursos Extraordinário e Especiais Repetitivos (arts. 983, §1°, e 1.038, II).

Traçado esse breve panorama normativo, em processos estruturais que se digam públicos e abertos à participação o espaço para os mais diversos porta-vozes, de modo a serem trazidos variados interesses, perspectivas, compreensões e informações sobre determinado litígio, deve ser amplo. Ou seja, isto implica que outros atores processuais[231], em especial os titulares do direito material violado, sejam chamados a participar.

[231] Importante esclarecer que o uso da expressão "outros atores processuais" tem o sentido de evidenciar terceiros envolvidos na relação processual, mesmo que de forma indireta, mas que não são partes no processo.

Com efeito, o papel desenvolvido pelos *amicus curiae*[232], seja na perspectiva de "amigo da corte", de expert imparcial, ou de defensor de determinado interesse imbricado e refratário, ou seja, um *amicus curiae* parcial, é essencial. Esse papel que pode se aproximar da figura do perito ou de um defensor de determinado interesse, pode ser desempenhado em diferentes fases do processo, inclusive para tornar a prestação jurisdicional mais eficiente, como no auxílio no monitoramento e na implementação das decisões (o que nos Estados Unidos se denomina *special masters*).

Owen Fiss, sob a realidade do Direito norte-americano, evidencia esse papel:

> [...] o juiz pode convidar certas organizações ou órgãos públicos para participar do processo judicial como *amicus*, como parte, ou como uma figura híbrida – um *amicus* litigante. Decerto, mesmo consciente das condições para sua legitimidade, o juiz não deve limitar o convite àqueles que diriam exatamente o que ele gostaria de ouvir e esse não tem, de fato, sido o costume. (...) Em terceiro lugar, as cortes de instrução e julgamento têm, por vezes, considerado isto necessário – talvez por não poderem mais confiar nos encarregados do cumprimento das decisões judiciais, no âmbito do Poder Executivo ou no domínio das instituições privadas – para a criação de suas próprias estruturas administrativas, tal como o *special master*, para a correção de quaisquer inadequações no que tange às representações. [233]

De forma atrelada, a designação de audiências públicas[234], com a convocação genérica de interessados ou de pessoas ou órgãos específicos (como *amicus curiae*), para manifestarem suas opiniões e considerações e para prestarem informações sobre determinado litígio é de mais valia para se potencializar a participação.

Essas audiências são o meio de facilitar e aproximar o contato do magistrado com os reais interesses postos em jogo e com a realidade concreta do caso e suas peculiaridades. É, sem dúvida, um dos meios mais propícios para garantir efetividade ao diálogo, em razão da

---

[232] "A função do amicus curiae é a de levar, espontaneamente ou quando provocado pelo magistrado, elementos de fato e/ou de direito que de alguma forma relacionam-se intimamente com a matéria posta para julgamento. É por isto que me refiro insistentemente ao amicus curiae como um "portador de interesses institucionais" a juízo. Ele atua, no melhor sentido do fiscal da lei, como um elemento que, ao assegurar a imparcialidade do magistrado por manter a indispensável terzietà do juiz com o fato ou o contexto a ser julgado, municia-o com os elementos mais importantes e relevantes para o proferimento de uma decisão ótima que, repito, de uma forma ou de outra atingirá interesses que não estão direta e pessoalmente colocados (e, por isto mesmo, defendidos) em juízo" (BUENO, Cássio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. Revista da Escola Nacional de Magistratura. V. 2, n. 5, 2008, p. 136).

[233] FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 143-144.

[234] "No âmbito administrativo, Cabral defende: "A audiência pública é uma reunião aberta em que a autoridade responsável colhe da comunidade envolvida suas impressões e demandas a respeito de um tema que será objeto de uma decisão administrativa. Cabe frisar que não só o consenso é objetivado na audiência pública, tendo também o dissenso preciosa valia. Isto porque os institutos de consulta pública se inserem na abertura do cânone da interpretativo do princípio do contraditório como direito de influenciar a formação da decisão estatal no processo administrativo, sendo este o primeiro grande efeito processual da audiência que procuraremos aqui ressaltar" (CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista de Direito do Estado*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 202).

oralidade e da aproximação entre atores excluídos na lógica processual clássica, e respeito ao contraditório, revisitado, na medida em que:

> (...) deve poder ser exercido pelos vários núcleos de interesses que podem incidir sobre o objeto da controvérsia, seja diretamente pelos interessados (quando possível), seja por meio de "representantes adequados" de tais interesses, seja ainda pelos especialistas que possam contribuir com o aporte de uma visão mais adequada e correta do problema e de eventuais soluções possíveis.[235]

Ricardo Lorenzetti[236] ressalta o importante papel das audiências públicas, a partir de três escopos: da informação, para qualificar e quantificar as informações; da constituição da relação processual para estabelecer quem são os autores e os demandados; das ordenatórias, para traçar estratégias de organização processual. Podem-se somar a esses escopos mais dois: de controle, seja da atividade judicial por terceiros ou da implementação das decisões judiciais; e de potencialização da participação, mecanismo de facilitação do diálogo.

Em que pese a essa grande potencialidade dos referidos mecanismos, a realidade brasileira é preocupante. Em recente estudo, Bahia e Matos[237], ao analisarem as audiências públicas e a participação de *amicus curiae* em Ações Constitucionais julgadas pelo STF, constataram que os referidos mecanismos institucionalizados de participação não têm representado práticas dialógicas à participação de grupos minoritários condizentes com o modelo deliberativo de democracia.

A abertura propiciada por esses mecanismos, com a permissão da exposição de argumentos e razões de determinados grupos não tem se estendido, na maioria das vezes, para algo substancial, em razão de uma pretensa discricionariedade do relator e dos ministros do STF, que é vedada pelo art. 489, §1º, do CPC. Os magistrados definem quem participa das audiências públicas, qual pedido de ingresso de *amicus curiae* será deferido, quais argumentos serão considerados e com quem se estabelecerá o diálogo, que, normalmente, sequer ocorre, com as audiências servindo apenas para a captação de informações de terceiros especializados.

---

[235] ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado. Vol. 2. jul/dez. 2015, p. 218.

[236] LORENZETTI, Ricardo Luis. Justicia colectiva. Rubinzal – Culzoni Editores. 2010. apud FERRARO, Marcela Pereira. Litígios Estruturais: algumas implicações da publicidade do processo. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 560.

[237] BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; MATOS, Amanda Melillo de. Amici curiae e audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: Uma análise da participação de grupos minoritários à luz da concepção deliberativa de democracia. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 76-100. ISBN 978-85-450-0196-6. Disponível em: < http://www.bidforum.com.br>

A exigência do art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/99 e do art. 6º, §1º, da Lei nº 9.882/99 de que seus participantes devem possuir experiência e autoridade na matéria termina por impedir uma abertura tão ampla e plural à sociedade. Isso demonstra que essas audiências não têm representado, nem mesmo no plano formal, um *locus* plural de acesso à justiça ou de aproximação desta com setores sociais marginalizados ou excluídos; ou, o que é pior, tais marginalização e exclusão acabam sendo reforçadas por essa realidade.

Soma-se a isso tudo o fato de os órgãos jurisdicionais de menor envergadura hierárquica, normalmente, não utilizarem esses institutos com recorrência, aplicando-se os mecanismos mais tradicionais de produção de prova, como, a prova pericial e a prova testemunhal, estritamente restritas às partes.

A aplicação dos referidos mecanismos requer uma revisitação, para que a realização de audiências públicas e a participação de *amicus curiae* sejam efetivas e tragam resultados satisfatórios à pluralização e à abertura democrática do processo. Para tanto, é necessário pensar tais mecanismos à luz do modelo constitucional de processo. Como bem ressaltado por Cabral[238], esses institutos de consulta pública estão diretamente ligados ao contraditório, como direito de influência no provimento jurisdicional, que pode ser decomposto como o direito de informação, de manifestação e de consideração dos argumentos.

Esse direito de informação está atrelado à publicidade, representando uma "via dupla", na qual o Poder Judiciário recebe informações sobre o caso concreto, e aos interessados é possibilitado amplo acesso, de forma prévia e posterior, sobre a realização e as conclusões das audiências públicas.

Ademais, a realização das audiências públicas deve impor um ônus argumentativo ao magistrado, posto que, apesar de o órgão julgador não ficar vinculado às manifestações do *amicus curiae* e dos demais participantes, estas não podem ser ignoradas, sem qualquer enfrentamento. Caso contrário, ocorrerá uma violação ao princípio do contraditório. Como previsto no Enunciado 128 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), pelo qual "no processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do §1º do art. 489". Ocorrendo omissão judicial, o *amicus curiae* poderá opor embargos de declaração (art. 138, §1º, CPC), como assentado no Enunciado 394 do FPPC.

Ainda é necessário ressaltar dois pontos.

---

[238] CABRAL, Antônio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista de Direito do Estado*. Vol. 2, p. 199-214. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O primeiro está relacionado à quebra da exclusiva participação de *experts* em audiências públicas, o que acaba por impedir a criação de um *locus* plural de acesso à justiça e de aproximação de grupos marginalizados do Poder Judiciário. Ora, de forma alguma, a participação em audiências públicas realizadas no âmbito de litígios estruturais poderá estar adstrita a terceiros qualificados, com ampla capacidade técnica. É essencial que nestes litígios, para se aferir os interesses envolvidos em jogo e a real pretensão dos destinatários do provimento jurisdicional, que os titulares do direito material sejam ouvidos.

O segundo, ligado ao primeiro, tem relação direta com a forma como é conduzida a realização desses mecanismos de participação. Não se pode conceber que as audiências e as participações dos *amicus curiae* sejam meramente formais, sem qualquer debate, cabendo ao magistrado, em momento posterior, valorar essa manifestação e definir sua utilização ou não, a partir de sua conveniência. Em uma democracia deliberativa não é crível esse distanciamento, essa total inexistência de debate, de confrontação de ideias.

De outro lado, um meio de prova já consolidado no Direito Processual Civil brasileiro, mas que é raramente empregado e que poderia ser de extrema valia para a promoção da participação de interessados e para a apreensão da realidade do caso concreto, são as inspeções *in loco.*

Com previsão nos arts. 481 a 484 do CPC, a inspeção judicial pode ser requerida e realizada em qualquer fase do processo, com a finalidade de possibilitar ao magistrado inspecionar pessoas ou coisas, a fim de esclarecer sobre fato relevante ao mérito da demanda.

Interessante notar que este meio de prova, pouco usual, em razão do afastamento do Poder Judiciário do conflito, tem o condão de possibilitar a delimitação de fatos passados, aspecto importante para a real compreensão de qualquer conflito, e a verificação ou interpretação de fatos que precisam ser observados.

Ao magistrado, portanto, abre-se a possibilidade de verificar *in loco* o litígio narrado, sendo que, no processo estrutural, esta medida se torna salutar, por dois pontos, ressaltando-se que o juiz, como já asseverado, não está saindo de sua zona atuação, porque nessa tipologia de processo ele assumidamente tem uma postura mais ativa.

Primeiro, o juiz consegue apreender com maior facilidade e clareza os fatos narrados ao se aproximar do objeto litigioso. Em conflitos de causalidade complexa, que têm grande repercussão, somente um olhar mais próximo é capaz de evidenciar uma realidade complexa.

Segundo, o juiz não realizará essa inspeção de forma solitária, sem a presença dos demais atores processuais e de interessados, técnicos, entre outros participantes. Nesse

momento processual, todos os atores processuais poderão acompanhar a realização da diligência, manifestando e prestando esclarecimentos.

Por fim, cumpre asseverar que na lógica dos processos estruturais, quando possível e não representar um engessamento do procedimento, é salutar e altamente recomendável a participação direta dos interessados e reais destinatários do provimento jurisdicional. Trazem-se para dentro do processo os conceitos de participação essencial, de garantia de real e de efetiva influência do interessado no processo, desde que resguardada a efetividade.

Nesse sentido, os já conhecidos e usuais mecanismos de promoção da participação necessitam de oxigenação, de revisitação, de um olhar mais acurado para suas potencialidades.

4.2.4.2 Os "novos" mecanismos de promoção da participação

Em razão da alta complexidade que ostentam, os litígios estruturais demandam novos mecanismos de potencialização da participação no processual curso do processo. No âmbito da publicidade e da participação, os mecanismos usuais e comumente aplicados no Direito brasileiro têm suas deficiências e, muitas das vezes, não têm o condão de atingir os objetivos necessários à tutela adequada e efetiva dos direitos violados de forma sistémica.

Relega-se uma situação de exclusão ou de alijamento aos interessados no litígio, os titulares do direito material, que transcendem a mera relação entre as partes do conflito, marcado pela ótica bipolar.

Assim, é imperiosa a busca pelo desenvolvimento de outros mecanismos de promoção da participação nos processos estruturais. Ressalva-se apenas que esses mecanismos, pensados de forma não exaustiva, podem melhor se amoldar a determinados casos, cabendo aos sujeitos processuais definir sua melhor aplicação.

Um primeiro mecanismo, que pode, inclusive, ser considerado "velho" e ser confundido com o *amicus curiae,* é o da participação de *special masters*[239]. Esses terceiros especialistas são entendidos como pessoas físicas, entidades/órgãos privados ou públicos que

[239] "Como veremos, o *special master* é um órgão com muitas funções, entre as quais inclui-se a de representação. Ele às vezes age como parte, apresentando ponderações sobre responsabilidades e medidas judiciais que, de outra forma, provavelmente não seriam expressas pelos participantes do processo judicial" (FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 144).

obrigatoriamente ou por provocação do Poder Judiciário ser chamados a intervir e a manifestar no processo.

O papel desses terceiros especializado é mais amplo do que dos *amici curiae*, posto que, além de prestar subsídios aos magistrados (em razão de sua expertise técnica), elas realizarão o acompanhamento das atividades desenvolvidas, com especial poder de participação e de intervenção.

Pense-se em litígios envolvendo o meio ambiente, de forma ampla. Órgãos ambientais e especializados dos entes federativos poderão atuar no processo, em decorrência de sua capacidade técnica para manifestar sobre questões atinentes ao meio ambiente. Portanto, o IGAM, o IBAMA e o IEF, por exemplo, podem, na condição de *special masters*, participar do processo, manifestando-se e a prestando os esclarecimentos técnicos sobre diversas questões postas em debate.

O caso de Mariana ilustra esse exemplo, conquanto diversos órgãos especializados do Estado foram chamados para atuar nessa condição. Ademais, esses órgãos não são apenas vinculados ao Estado, podendo os sujeitos processuais definirem outros terceiros especialistas que exercerão algum papel relevante perante o Poder Judiciário. Mais uma vez, relembrando o caso de Mariana, o Fundo Brasil de Direitos Humanos (Fundo Brasil) e a Fundação Getúlio Vargas (FGV) foram designados para garantir assessoria técnica aos atingidos e para realizar um diagnóstico socioeconômico da situação dos atingidos após o rompimento da barragem de Fundão.

Ora, esses terceiros atuam de forma muito mais ampla e em conjunto com o Poder Judiciário, para além de meras questões técnicas. As funções desenvolvidas podem ultrapassar o simples fomento técnico, conquanto o objetivo principal é o de auxiliar o magistrado na definição do objeto controvertido e das medidas estruturais que poderão ser implementadas, cabendo ao *special master*, em determinadas situações específicas, implementá-las.[240]

Em litígios estruturais, esse auxílio é primordial, considerando que dificilmente o magistrado e os legitimados terão amplo conhecimento e controle sobre todas as questões postas para análise e deliberação. Os *special masters*, portanto, têm a função de conhecer essas questões e dimensionar os riscos, as possibilidades e a efetividade, enfim, tudo em prol do melhor dimensionamento do litígio.

Atrelado a esse mecanismo, pode-se observar que a criação de grupos auxiliares ou de grupos de trabalho contribui diretamente para a atuação do Poder Judiciário, carente de

[240] Como defendido em todo o trabalho, o magistrado de forma alguma pode, de modo solipsista, definir quais serão essas medidas.

uma estrutura qualificada e quantitativa para a análise de litígios complexos. Em determinadas situações, em especial na fase de implementação de uma decisão estrutural, não basta que determinados atores auxiliares atuem em juízo; eles devem formar uma rede conectada e contínua com os demais atores processuais.

Na fase de implementação da decisão, que, em razão da interligação entre as fases cognitiva e executiva do processo civil clássico, é praticamente impossível delimitar com total precisão, esses grupos auxiliares podem fomentar novas discussões e maior controle das ações desenvolvidas. Litígios estruturais, marcados pela prospectividade, impõem pensar o processo para o futuro e de forma efetiva, com a preocupação de quais medidas deverão ser implementadas para alcançar o objetivo traçado.

Ao discorrer sobre o caso da ACP do Carvão, Sérgio Cruz Arenhart ressalta a criação de um Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo, formado por técnicos das partes e por sujeitos externos, com a função de propor estratégias, métodos e técnicas orientados para a recuperação ambiental, bem como de acompanhar a execução dos planos acordados e que estão em cumprimento até 2020, pelo menos.

> Ademais, nessa época também se criou o Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA). Esse grupo, formado por representantes técnicos de todas as partes e por sujeitos externos ao processo ligados à questão ambiental, tinha por principais funções propor estratégias, métodos e técnicas para a recuperação ambiental. Releva salientar que as decisões desse grupo não seriam tomadas por maioria de votos, mas por consenso de todos, o que foi vital para a redução da litigiosidade interna do processo e para a redução de eventuais incidentes e recursos na efetivação da sentença. [241]

Ainda, pode-se citar a criação de mesas de diálogo, como ocorreu no caso Verbitsky, na Argentina[242], com o intuito de congregar todos os interessados e de discutir questões afetas ao caso e à violação de direito subjacente.

Um terceiro mecanismo, muito comum no Direito norte-americano, mas pouco explorado no Brasil, é o da notificação dos interessados.[243] Essa comunicação deve ser

---

[241] ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado.* Vol. 2, 2015, p. 14 da versão eletrônica.

[242] VERBIC, Francisco. Ejecucion de sentencias em litigios de reforma estructural-dificultades políticas y proceimentales que inciden sobre la eficácia de estas decisiones. XXVII Congresso Nacional de Derecho Procesal. Córdoba, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/33441612/Ejecuci%C3%B3n_de_sentencia_en_litigios_de_reforma_estructural._Dificultades_pol%C3%ADticas_y_procedimentales_que_inciden_sobre_la_eficacia_de_estas_decisiones. Acesso em: 8 mai. 2018)

[243] "Nas *Federal Rules of Civil Procedure* (EUA), *Rule* 23, (c), 2, (B) há expressa menção à necessidade de ciência inequívoca ao indivíduo: "the court must direct to class members the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort". Na mesma regra, afirma-se que a comunicação (*notice*), para ser *fair* (justa), dever ser consisa e compreensível, contendo informações relacionadas à natureza da ação coletiva ajuizada, especificação do grupo a que se relaciona, aos direitos de inclusão e exclusão da eficácia da ação coletiva, entre outras coisas" (DIDIER JR.,

adequada, possibilitando ao membro do grupo o poder de fiscalizar a atuação do legitimado extraordinário, bem como o direito de "sair" da incidência da decisão coletiva (*opt out*).

No Direito brasileiro, o art. 94 do CDC prevê o regramento acerca da necessidade de comunicar as ações coletivas ajuizadas, para a defesa de direitos individuais homogêneos: "Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor". Mesmo assim, sérias dúvidas são levantadas sobre a aplicabilidade do referido mecanismo, conquanto, principalmente em litígios estruturais de abrangência estadual ou nacional, questões relativas à operacionalização dessa comunicação se ela deverá ser pessoal, se é indispensável e quem arcará com os seus respectivos custos, entre outras tendem a evidenciar a dificuldade de sua implementação.

Por último, pode-se potencializar a participação com a ampliação da publicidade, em um efeito rebote. A ampla disponibilização/divulgação de informações é essencial para uma mudança de postura dos agentes envolvidos, garantindo aos interessados a possibilidade de exercer um papel que não lhes é permitido na seara processual, o de exercer controle sobre o desenvolvimento do tratamento do litígio.

Marcella Ferraro[244] defende que a promoção da participação depende efetivamente de uma ampla publicidade, pois somente a garantia de uma ampla publicidade, também na dimensão positiva, é capaz de propiciar conhecimento sobre o litígio e poder de fiscalização aos destinatários do provimento jurisdicional.

Não é crível pensar que os titulares do direito material, pessoas comuns e que, normalmente, sequer têm algum conhecimento jurídico, tenham fácil acesso aos autos do processo, por estes serem "públicos" (art. 93, IX, da CRB/88). Muitas vezes, estas pessoas ficam completamente alijadas do conflito, sem sequer saber o resultado final de um litígio que impactou ou impactará diretamente suas vidas.

Pergunta-se, então: como garantir real participação a essas pessoas se elas sequer têm conhecimento acerca do litígio, do desenvolvimento do processo e das ações implementadas, entre outas questões afetas diretamente à publicidade?

Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 175).

[244] FERRARO, Marcela Pereira. Litígios Estruturais: algumas implicações da publicidade do processo. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 555.

A criação de plataformas de consulta eletrônica, a veiculação de informações em faturas e em plataformas eletrônicas de grande alcance e a realização de campanhas de divulgação, entre outros recursos, são possíveis mecanismos a serem disponibilizados para se garantir efetiva publicidade de informações sobre o litígio e o processado.

Esses mecanismos têm o condão de possibilitar uma ampla publicidade, o que repercute diretamente no poder de participação e de efetiva contribuição dos atores processuais. De forma bastante simples, basta pensar que em um litígio envolvendo a Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG) e seus diversos consumidores, estes dificilmente obteriam qualquer informação sobre uma Ação Civil Pública ajuizada em face daquela. Todavia, a veiculação de informações nas faturas ou no site da CEMIG poderia minimizar tal dificuldade, reafirmando o direito dos consumidores ao acesso à informação.

Nesse contexto, aliás, vale fazer menção à Lei de Informações Públicas (Lei n° 12.527/2011), que regula o inciso XXXIII do art. 5º da CRB/88 e reafirma que o sigilo é exceção.

Há, portanto, uma verdadeira relação de aproximação entre o processo e os diversos meios de comunicação, cabendo a todos os sujeitos processuais o dever de zelar pela maximização dos mecanismos de promoção da publicidade, e por conseguinte, e da participação.

4.3 O instituto processual do pedido

Neste ponto, passa-se a investigar a clássica concepção do pedido no direito brasileiro e os problemas a ela atrelados, para propor nos litígios estruturais uma modificação do pensamento, reformulando determinados aspectos do instituto do pedido.

4.3.1 A clássica concepção do pedido: as regras processuais no modelo bipolar

O instituto processual do pedido sempre foi tratado em atenção à tipologia de litígios mais comum nas relações sociais ou seja, à matriz de litígios individuais, na qual a relação processual se desenvolvia entre um autor e um réu, em que um buscava uma prestação jurisdicional e o outro simplesmente resistia a esta.

Em que pese a toda a profusão de uma nova categoria de direitos, os direitos coletivos ou de grupos, como já explanado, o processo civil manteve-se atrelado a suas

características fundantes, com a clara preocupação de delimitar a atuação judicante individual, polarizada.

Tal fato acabou por impregnar o processo civil e o tratamento do instituto do pedido de toda a racionalidade empregada nos conflitos de natureza individual, nos quais os ideais de segurança jurídica, de imutabilidade da pretensão e de celeridade processual, entre outros, são marcantes.

Vicente Greco Filho reverbera a clássica concepção do pedido e as características, já positivadas no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), vigente à época, que marcavam o instituto. Interessante notar o tratamento rígido do instituto e a noção clara de defesa da imutabilidade e da inalterabilidade do pedido após o ajuizamento da ação, com fundamento na racionalidade processual vigente à época.

> O fundamento da estabilização do processo quanto ao pedido, causa de pedir, partes e ao próprio juízo, assim que completa a relação processual pela citação, é o interesse público da boa administração da justiça, que deve responder de maneira certa e definitiva à provocação constante no pedido do autor. Um sistema legislativo que permitisse livremente a alteração dos elementos da ação geraria instabilidade na prestação jurisdicional e, consequentemente, nas relações jurídicas em geral. O juiz decide sobre o que foi pedido, como foi pedido. Se o autor tiver outro pedido a fazer, que faça em processo distinto.[245]

No mesmo sentido José Carlos Barbosa Moreira esclarece:

> Através da demanda, formula a parte um *pedido*, cujo teor determina o objeto do litígio e, consequentemente, o âmbito dentro do qual é lícito ao órgão judicial decidir a lide (art. 128). Ao proferir a sentença de mérito, o juiz acolherá ou rejeitará, no todo ou em parte, o pedido do autor (art. 459, 1ª parte). Não poderá conceder providência diferente da pleiteada, nem quantidade superior ou objeto diverso do que se pediu (art. 460). É o princípio da correlação (ou da congruência) entre o pedido e a sentença (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*), só afastável ante exceção legal expressa (...)[246]

Esse contexto acabou por definir as clássicas características do pedido, como sua certeza e determinação na maioria dos casos, a rigidez procedimental para a realização do aditamento do pedido, o princípio da adstrição/correlação entre a sentença e o pedido, entre outros, que estão presentes na legislação processual civil até hoje e que serão objeto de análise.

Antes de adentrar nas características clássicas do instituto, é necessário firmarmos base sobre o que é o pedido.

---

[245] GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16ª Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59.
[246] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 16ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 12.

O pedido é o núcleo da petição inicial[247] e possui dois aspectos: o mediato e o imediato.[248] O pedido mediato é o bem jurídico de direito material que se pretende seja tutelado, enquanto o pedido imediato é o tipo de providência jurisdicional pretendido pelo autor. Cumpre asseverar que em qualquer um desses aspectos o pedido é dirigido à autoridade jurisdicional, tendo por finalidade produzir efeitos em face do réu ou da relação processual em que este é um dos titulares.

No pedido está consubstancia a demanda, sem a qual a jurisdição não pode atuar (art. 2º do CPC) e fora da qual não pode o órgão jurisdicional decidir (arts. 141 e 492 do CPC). O provimento jurisdicional está atrelada à pretensão da parte; ou seja, esta não poderá ser *extra, ultra* ou *infra/citra petita*.

Ademais, o pedido identifica a demanda e é o principal parâmetro para a fixação do valor da causa (art. 292 do CPC), pondo em marcha o processo, delimitando o objeto litigioso e invocando a tutela jurisdicional, o que traz uma série de consequências procedimentais, como se verá adiante.

4.3.1.1 Certeza e determinação do pedido

Na generalidade dos casos, o pedido a ser formulado pelo autor em qualquer demanda, deve ser certo e determinado, na esteira dos dispositivos dos arts. 322 e 324 do CPC, sendo requisitos tanto do pedido mediato como do imediato.

O pedido é certo quando expresso ou explícito, não se admitindo, como regra, pedido implícito ou tácito. Nesse sentido, não se admite pedido obscuro, vago, dúbio ou parcial, por meio de expressões genéricas como "condenar o réu no que couber" ou "no que reputar justo", sendo essencial que o pedido, na lógica tradicional, seja certo.

---

[247] "O pedido é o núcleo da petição inicial; a providência que se pede ao Poder judiciário; a pretensão material deduzida em juízo (e que, portanto, vira a pretensão processual); a consequência jurídica (eficácia) que se pretende ver realizada pela atividade jurisdicional. É, como dito, o efeito jurídico do fato jurídico posto como causa de pedir" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 565).

[248] "O *pedido imediato* (tipo de providência jurisdicional solicitada, isto é, *declaração, constituição/desconstituição ou condenação* do réu que, nesta medida, determina a natureza da *ação*); pedido imediato, pois, é aquele que, desde logo, diretamente se deseja; é o pedido dirigido ao Poder Judiciário, no sentido de que outorgue a tutela *especificamente* solicitada. (...) Já o chamado *pedido mediato* representa o bem jurídico material (*bem da vida* subjacente ao *pedido imediato)*. O pedido mediato, portanto, representa o que o autor deseja (interesse do autor), em detrimento do interesse do réu. (...) O pedido mediato evidencia o *objeto litigioso*, ou a lide (terminologia do Código), ou ainda, o mérito. O conceito de objeto litigioso, em rigor, compreende não só o pedido *mediato* como o *imediato*" (ALVIM, Arruda. Manual de processo civil: processo de conhecimento. Vol. 2. 9ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.214).

Já por determinado entende-se o pedido que delimita com clareza os limites da pretensão autoral e a extensão qualitativa e quantitativa do pedido. A determinação do pedido refere-se, portanto, à caracterização precisa de seus contornos e de sua limitação precisa.

Em determinadas situações excepcionais, a lei faculta ao autor a possibilidade de formular pedido genérico, em que não seja possível delimitar o pedido mediato, a utilidade prática pretendida pelo autor[249], conforme a previsão do art. 324, §1°, do CPC.

Segundo o disposto no referido artigo, são três os casos em que é permitida a formulação de pedido genérico: nas ações universais[250], quando o autor não puder individuar na petição os bens demandados (inciso I); quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou fato (inciso II); e quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de um ato a ser praticado pelo réu (inciso III).

Como se vê, a indeterminação não é absoluta ou total, não sendo facultado ao autor formular pedido, por exemplo, de condenação a qualquer prestação, pois a generalidade do pedido está restrita à quantidade e à qualidade.

Importante lembrar que um pedido genérico trará consequências ao ato de prolação da sentença[251], posto que, não sendo possível ao juiz obter a liquidez do pedido no curso da marcha processual, por inexistir elementos no processo para tanto, este proferirá uma sentença ilíquida, que será objeto de posterior liquidação. Isso se deve ao princípio da adstrição/correlação entre o pedido e a sentença, que obriga ao juiz julgar o caso nos estreitos limites da pretensão autoral, que será objeto de análise mais detida.

Frise-se, que é imposto ao autor, como regra, ao formular o pedido na petição inicial, precisar (certeza e determinação) tanto o pedido imediato (a prestação jurisdicional

---

[249] "Determinado quanto ao gênero, o pedido pode ser genérico em relação à quantidade. No tocante ao *an debeatur* será determinado; em relação ao *quantum debeatur*, será indeterminado. Trata-se de hipótese de pedido relativamente indeterminado, pois. Não se pode, p. ex., pedir a condenação a qualquer prestação. A indeterminação ficará restrita à quantidade ou à qualidade das coisas ou importâncias pleiteadas" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 579-580).

[250] Ações universais são aquelas em que a pretensão recai sobre uma universalidade, seja ela de fato ou de direito, na esteira dos arts. 90 e 91 do Código Civil de 2002. A petição de herança é exemplo de ação universal.

[251] "As hipóteses de pedido genérico são excepcionais, devendo por isto mesmo ser interpretadas restritivamente. A regra será a formulação de pedido certo e determinado, em todos os seus aspectos, inclusive o quantitativo. Isto porque o pedido é um "projeto da sentença", devendo esta (se for pela procedência da pretensão, obviamente) atender ao pedido nos limites de sua especificação. A formulação de pedido genérico fora dos casos indicados torna muito difícil a prolação de sentença que atendesse à exigência de que a sentença individue o objeto do comando judicial" (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 331).

pretendida) quanto o pedido mediato (o objeto litigioso), permitindo-se apenas a indeterminação, por lei, do pedido mediato.[252]

4.3.1.2 O aditamento do pedido

O art. 329 do CPC estabelece a regra da modificação ou aditamento do pedido ou da causa de pedir, dos elementos objetivos da demanda, asseverando, de modo rígido, que estes não poderão ser modificados ou aditados pela parte autora após a citação do réu, sem a sua anuência, e, em hipótese alguma, após o saneamento do processo.[253]

Nesse contexto, é dever do autor, no momento de formular sua petição, esgotar toda sua pretensão e todos os fatos e fundamentos que a circundam, sob pena de, a depender da fase processual, ter que ajuizar ação distinta para veicular a pretensão omitida.

A regra do código é a da liberdade de alteração ou modificação do pedido e da causa de pedir, mas esta liberdade é restrita, a depender da fase processual em que se encontra o processo, o que acaba por evidenciar o caráter rígido clássico da matriz individual bipolar.

Até o momento da realização do ato de citação do réu é facultada ao autor a livre modificação/alteração do pedido, independentemente de qualquer consentimento do réu. Após a realização do ato de citação do réu e até a fase de saneamento do processo, o autor somente poderá modificar ou alterar o pedido com o consentimento do réu, assegurado o contraditório. Por fim, cumpre asseverar que após o saneamento do processo ao autor é vedada qualquer modificação/alteração no pedido e na causa de pedir, mesmo que o réu com esta consinta.

Observa-se, portanto, que o Direito Processual brasileiro optou por privilegiar a estabilidade da demanda, adotando o dispositivo citado um rigor preclusivo que não poderá ser levado às últimas consequências nos litígios estruturais. Fredie Didier Jr. aponta crítica a

---

[252] "Deve explicar com clareza qual a espécie de tutela jurisdicional solicitada: se de condenação a uma prestação, se de declaração de existência ou não de relação jurídica, ou se de constituição de uma nova relação jurídica. A prestação reclamada ou a relação jurídica a declarar ou constituir também devem ser explicitamente definidas e delimitadas. Em conclusão, a certeza e a determinação são requisitos tanto do pedido imediato como do mediato" (THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 783).

[253] "Entretanto, o art. 329 do CPC/2015 admite que o autor adite ou altere o pedido ou a causa de pedir: (i) independentemente do consentimento do réu, se o fizer até a citação; (ii) com o consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo de quinze dias, facultado o requerimento de prova suplementar, se o fizer até o saneamento do processo. Certo é, contudo, que, nos termos da lei, o aditamento e a alteração do pedido terão de ser feitos somente até o saneamento do processo" (THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 794).

este rigor preclusivo, típico das legislações do século XIX, nas quais um formalismo exacerbado era valorizado.[254]

4.3.1.3 O princípio da adstrição/correlação entre o pedido e a sentença

Neste primeiro momento de análise do instituto processual do pedido, é importante compreender os arts. 141 e 492 do CPC, que prescrevem o princípio da adstrição/congruência/correlação entre o pedido e a sentença. Por este princípio, é vedado ao juiz da causa decidir para além do pedido das partes e fora dos contornos da lide, bem como condenar em objeto diverso do demandado pelo autor. Observe-se que a decisão a ser prolatada pelo juiz deve se ater estritamente aos parâmetros da demanda, aos limites do pedido e da causa de pedir.

> Daí se vê que a decisão guarda intrínseca relação com a demanda que lhe deu causa. Há entre elas um nexo de referibilidade, no sentido de que a decisão deve sempre ter como parâmetro a demanda e seus elementos. É por isso que já se disse que a petição inicial é um projeto da sentença que se pretende obter justamente por existir essa referibilidade, o legislador, no art. 141 do CPC, determina que o juiz deve decidir o mérito nos limites propostos pelas partes, "sendo- lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte"[255]

O referido princípio é uma decorrência necessária dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5°, LV, da CR/1988) e está atrelado ao princípio da demanda (art. 2º do CPC), porque a tutela jurisdicional não pode surpreender as partes e ir além dos limites objetivos e subjetivos da demanda.[256] Além disso, o princípio da adstrição/correlação entre o pedido e a sentença está ligado à disponibilização do direito pela parte no momento da postulação. Ou seja, no momento da postulação, a parte deve esgotar suas pretensões, sob pena de estar impossibilitada de fazê-lo em momento posterior.

É preciso deixar claro que, se a parte não leva toda a sua pretensão a juízo, a limitação do pedido importa em disponibilidade do direito, na medida em que a superveniente

---

[254]"Não se nega importância à estabilidade do processo. Sucede que o rigor preclusivo do dispositivo não pode ser levado às últimas consequências: não há, em tese, qualquer prejuízo a uma alteração objetiva do processo com a concordância das partes, até mesmo após o saneamento. Se existir, o prejuízo deverá ser verificado in concreto e não presumido pelo legislador. A rigidez deste artigo coaduna-se com o espírito das legislações do século XIX, denotando formalismo desnecessário" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 578-579).

[255] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 358.

[256]Cândido Rangel Dinamarco lembra que os limites da demanda, dos quais não pode escapar o juiz, compreendem tanto os objetivos (pedido e causa de pedir), como os subjetivos (partes da demanda), de sorte que o juiz não pode ultrapassar o objeto do processo nem envolver na sentença sujeitos outros que não as partes da relação processual. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 273).

sentença de mérito encerrará qualquer discussão a respeito da demanda. Desse modo, a eficácia preclusiva da coisa julgada impedirá que a demanda seja reproposta, mesmo diante de um pedido que foi anteriormente subdimensionado ou mal formulado.

Na dinâmica processual bipolarizada, os processos são regidos pelo princípio da congruência ou adstrição, no sentido de que o pronunciamento do Estado-jurisdição está limitado àquilo que é pedido pelo autor, não podendo julgar para além ou fora do pedido, devendo-se guardar uma clara e inequívoca correlação entre os pedidos formulados pela parte autora e a sentença a ser proferida pelo juiz, sob pena de incorrer em vícios passíveis de nulidade. Desse modo, a prolação de qualquer sentença que não observe o princípio da correlação/adstrição estará eivada de nulidade, caracterizada de *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita.*[257]

O defeito da sentença *ultra petita* é que o juiz julga para além do pedido, ultrapassando o limite determinado pelo autor como sua pretensão. Ele decide o pedido, mas vai além, concedendo ao autor mais do que foi pleiteado. Por seu turno, a sentença é *citra petita* quando deixa de examinar todos as questões postas em contraditório pelas partes. E, por fim, a sentença é considerada *extra petita* quando o juiz julga fora do pedido, decidindo pretensão diversa da formulada pelo autor.

Essas três características principais aqui delineadas evidenciam que a lógica processual individual bipolar busca alcançar fins específicos em especial, evitar atos protelatórios e garantir segurança jurídica, celeridade processual e imutabilidade da pretensão em litígio. São regras, em geral, preclusivas ou de delimitação da pretensão, mas que, por vezes, podem consubstanciar-se em óbice à concretização de determinados direitos ou ao acesso à justiça, quando se parte de uma lógica processual bipolar para uma lógica processual multipolar.

4.3.2 O instituto do pedido no processo estrutural

[257] "Em síntese, o pedido é a condição e o limite da prestação jurisdicional, de maneira que a sentença, como resposta ao pedido, não pode ficar aquém das questões por ele suscitadas (decisão *citra petita*) nem se situar fora delas (decisão *extra petita*), tampouco ir além delas (decisão *ultra petita*). E esse limite – repita-se – alcança tanto os aspectos *objetivos* (pedido e causa de pedir) como os *subjetivos* (partes do processo). Nem aqueles nem estes podem ser ultrapassados no julgamento da demanda" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1081).

Os conflitos de natureza coletiva ou individual no Direito brasileiro são tratados de forma similar, conforme as regras processuais clássicas, acabando por não se adequarem ao tratamento de litígios de caráter estrutural.

Os conflitos individuais, por sua própria natureza, fazem um recorte no conflito, transformando a discussão em um simples debate de direitos subjetivos.[258] De outro lado, os conflitos coletivos não representam a melhor resposta, considerando que os instrumentos processuais utilizados, as técnicas e o procedimento empregado são os mesmos, nos quais a coletividade não tem voz e o representante age de modo unilateral, em uma representação de interesses mais aparente do que real.

Logicamente, não se pode generalizar, mas esse é o cenário do Direito brasileiro atual, no qual conflitos que envolvem direitos transindividuais, que envolvem toda uma coletividade, são tratados com base nas mesmas técnicas e procedimentos. Esse quadro traz problemas atinentes à instrumentalidade do processo e à efetividade do direito material violado, conquanto litígios de caráter diverso deveriam ser tutelados a partir de mecanismos mais adequados.

As regras processuais desenvolvidas durante décadas para o tratamento de conflitos de natureza individual, em especial aquelas direcionadas ao instituto do pedido, objetivam evitar atos protelatórios e imprimir celeridade e segurança jurídica ao processo, possuindo caráter preclusivo e rigidez excessiva.

Repensar o instituto processual do pedido, com vistas a adequá-lo à realidade concreta do litígio, a suas características e aos pressupostos e fundamentos dos processos estruturais, implica a flexibilização do instituto, mediante a releitura de regras processuais, como se verá adiante. .

4.3.2.1 Uma nova realidade?

Na lógica dos litígios estruturais, marcados pela causalidade complexa, pela policentria, pela existência de interesses imbricados e pela prospectividade, com vistas a cessar violações sistêmicas de direito, a rigidez de algumas regras processuais acaba por

[258] "Os processos individuais, certamente, por sua própria finalidade, não se afeiçoam a esse debate. O recorte que promovem no conflito – que passa a ser traduzido apenas na pretensão deduzida pelo autor em face do réu – faz com que toda discussão de política pública se converta em simples debate entre um "direito subjetivo" de determinado indivíduo frente ao Estado" (ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 2, 2015, p. 212).

impor óbices à concretização de direitos fundamentais e de valores públicos por meio de reformas estruturais.

Há que se entender que, conforme anteriormente demonstrado, os litígios estruturais são altamente mutáveis, com alta variação fática em decorrência de suas próprias características, não contando com respostas claras e simples. Uma violação enraizada de direitos constitucionais e valores públicos, em uma engrenagem burocrática de uma organização estatal ou privada, não é simplesmente tratada pela prolação de uma sentença de mérito, mas pela implementação longa e gradual de medidas estruturais.

O processo estrutural, atento a essas peculiaridades, é marcado por pressupostos e fundamentos que formam a base teórica desse novo modelo processual, repercutindo diretamente no instituto do pedido.

Partindo do pressuposto da causa de pedir e pedido dinâmicos, observa-se que os processos estruturais são marcados pela instrumentalidade e pela efetividade e que as medidas estruturais são desenhadas de forma experimental. Assim, a adstrição/congruência que a sentença deve guardar em relação ao pedido, o limite do debate sobre os contornos estabelecidos para a causa de pedir, a rigidez do aditamento/modificação do pedido e da causa de pedir e, até mesmo, os requisitos certeza e determinação dos pedidos devem ser remodelados, repensados sob esse novo ângulo.

É praticamente impossível que, no momento da formulação do pedido, o autor da demanda saiba de antemão todos os contornos da causa de pedir, todas as medidas que deverão ser implementadas e quais as providências finais que mais se adequarão ao litígio existente.[259]

O legitimado, como já demonstrado, não tem condições de apreender todos os interesses dos grupos envolvidos, que, muitas vezes, serão antagônicos, e todas as pretensões da coletividade, com a obrigação de na petição inicial veicular com certeza e determinação os

[259] "Imagine-se o princípio da demanda. Segundo sua essência – e a consequente ideia da adstrição – o juiz está limitado ao pedido formulado pela parte. Assim, cabe à parte autora determinar exatamente aquilo que pretende em juízo, devendo o juiz observar esses limites em sua atuação. Ora, é fácil perceber que a discussão judicial de políticas públicas implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas. As necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião. Isso impõe uma dificuldade imensa para o autor da demanda em determinar, no início do litígio, exatamente aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Por isso, neste campo, exige-se que esse princípio tenha sua incidência atenuada, permitindo que o juiz possa, em certas situações, diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da inadequação da "tutela" pretendida pelo autor na petição inicial, extrapolar os limites do pedido inicial" (ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 2, 2015, p. 220).

pedidos condizentes com esse cenário, sem possibilidade de modificação ou adequação posterior.[260]

A atuação solipsista dos legitimados pode acarretar em defeitos de representação, por desconsiderar as peculiaridades do litígio, e se formular um pedido inadequado, entre outros problemas que redundam em uma visão parcial do litígio. Soma-se a isso o fato de que em litígios dessa envergadura, a realidade fática é altamente mutável e fluída, o que dificulta a utilização da via processual, rígida e preclusiva, para a cessação de violações sistêmicas, que se perpetuam no tempo e demandam constante adequação.

Dois exemplos evidenciam essa dificuldade, realçando que a realidade existente é diversa e necessita de uma revisitação.

Primeiro, o litígio envolvendo o aumento de vagas em creches e pré-escolas, como o do município de São Paulo[261], o que é muito frequente. O representante processual, no momento do ajuizamento da ação, conhece seu objetivo final, qual seja, fazer cessar uma violação de direitos a partir do aumento do número de vagas em creches e pré-escolas. Ou seja, o seu pedido será certo. Contudo, o número de vagas necessárias é mutável ao longo dos anos. O modo como será estabelecido é totalmente desconhecido em um primeiro momento, não havendo como o representante determiná-los no momento do ajuizamento da ação. Observe-se que o pedido pode até ser certo, mas nesse caso não será determinado, sendo que ao longo do processo deverá ocorrer o acertamento do pedido, sob pena da total inutilidade da prestação jurisdicional.

Segundo, o litígio referente à situação da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto, que será mais detidamente tratado no próximo capítulo. O pedido principal da Ação Ordinária consiste na condenação dos réus na obrigação de fazer, especialmente a Irmandade, consistente na adoção de todas e quaisquer medidas necessárias para garantir a continuidade da prestação dos serviços de saúde e a implementação de uma gestão hospitalar, prestando contas, na forma contábil, de todos os recursos públicos recebidos. Observa-se, portanto, que o pedido final envolve a implementação de uma gestão hospitalar, modificando a estrutura de administração e funcionamento da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto. O pedido se revela extremamente genérico, não sendo possível, de antemão, fixar como será implementada essa nova gestão hospitalar e no que ela consistiria. Pairam uma incerteza e

[260] Ressalte-se que a modificação/adequação do pedido e da causa de pedir, como visto, após a citação dos réus, somente poderá ser realizada com sua concordância, sendo que após o saneamento a realização dessa modificação/adequação é vedada.

[261] COSTA, Susana Henriques. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche ou pré-escola no Município de São Paulo. *In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

uma indeterminação quanto à pretensão do autor. Soma-se a isso, que a causa de pedir, inicialmente pautada em indícios de irregularidades e de descumprimento contratual que redundaram no fechamento do Pronto Atendimento e Emergência, poderá sofrer sensível alteração, ainda mais quando se está tentando reorganizar a estrutura burocrática de uma instituição.

Estes dois exemplos evidenciam que em litígios estruturais o atual sistema normativo relacionado ao instituto processual do pedido é insuficiente, demandando uma nova roupagem. Frise-se, ademais, que não se está buscando uma flexibilização desse instituto processual sem qualquer limite, mas, sim, um modo de fazer do processo um meio apto ao tratamento dessa nova tipologia de litígios.[262]

4.3.2.2 A flexibilização do instituto processual do pedido: as propostas e suas bases

Neste tópico serão examinadas as propostas de flexibilização do instituto processual do pedido e de suas bases.

Inicialmente, é importante salientar que a flexibilização do instituto processual do pedido trará consequências para outros institutos do processo civil, como, a sentença, as provas e a coisa julgada. Contudo, por questões de delimitação temática, a pesquisa terá como foco principal o tratamento do instituto processual do pedido[263].

Em litígios estruturais, como visto, a realidade fático-jurídica é diversa dos conflitos bipolares. Portanto, qualquer proposta sobre a reformulação do instituto do pedido deve levar isso em conta. Ressalve-se que cada litígio tem peculiaridades próprias, que podem demandar uma abordagem processual específica.

O pedido em processos estruturais não terá, pois, que ser necessariamente certo e determinado. Ao autor deverá ser facultada a possibilidade de formular, em um primeiro momento, um pedido indeterminado, estando dispensado de especificar a extensão do fazer, a qualidade da coisa a ser feita ou a quantidade da coisa a ser entregue, por exemplo.

Em determinados casos, ainda, ao autor deverá ser facultada a possibilidade de formular um pedido incerto, ou seja, um pedido sem precisar de forma expressa sua pretensão,

---

[262] "Deve o processo, diante desse cenário, adaptar-se e redesenhar suas técnicas, de forma a garantir a tutela adequada do direito material tratado, sem violar os valores resguardados pelo atual modelo vigente (segurança jurídica e celeridade)" (COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. *In* WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 415).

[263] Espera-se que o debate aqui desenvolvido possa contribuir para os desdobramentos em novas pesquisas sobre esses temas.

por total incapacidade de delimitação, no momento da formulação da inicial, de como se daria, por exemplo, a reformulação da organização burocrática de uma instituição. O pedido, nesses casos, apoiado na realidade fática, seria implícito, contendo nuanças da formulação completa do pedido principal, como ocorreu no exemplo da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto.

Isso implica a necessária possibilidade de o autor, ao longo de todo o processo e após a instrução probatória, adequar sua pretensão à realidade posta ou à situação de momento do caso em análise. Observe-se que essa reformulação vai totalmente de encontro à regra processual do aditamento/modificação do pedido ou da causa de pedir, que é vedada após o saneamento do processo e depende da concordância do Réu após a contestação. Portanto, em prol de garantir a efetividade e a instrumentalidade do processo estrutural, deve ser franqueada ao autor, desde que devidamente fundamentada sua pretensão e garantido o direito ao contraditório, a possibilidade de adequá-la e modificá-la, facultando-lhe realizar acertamentos em seu pedido e em sua causa de pedir, inclusive para incluir novas pretensões, desde que possuam pertinência com a causa em debate e já estejam, mesmo que de modo incipiente, veiculadas na demanda.

Essa faculdade atribuída ao autor terá por pressuposto a observância do devido processo legal e da necessária pertinência entre a adequação do pedido e a da causa de pedir com o litígio já posto em debate. Não se defende aqui a ocorrência de inovações, surpresas ou pretensões dissociadas da realidade fática, mas uma faculdade ao autor de, em um momento processual postergado, adequar sua pretensão, complementando-a.

Advirta-se que essa flexibilização não poderá ocorrer em todo e qualquer caso, cumprindo ao magistrado observar os elementos fáticos e o contorno jurídico da lide posta em análise, para se fixar a possibilidade ou não sua aplicação. Partindo dos dois exemplos anteriormente citados, em um deles era possível fixar a pretensão com certeza, faltando-lhe apenas determinação, enquanto no outro exemplo a certeza e a determinação do pedido restavam inalcançáveis em um primeiro momento.

Essa flexibilização do pedido, quanto aos atributos da certeza e da determinação, bem como de sua modificação/aditamento, conduz a outra necessária flexibilização, a do princípio da adstrição/congruência. Ora, se o pedido principal, formulado na exordial, é incerto e indeterminado, a sentença claramente não guardará para com este uma correlação, sendo que se este pedido, ou esta causa de pedir não for modificada ou aditada, a sentença não poderá observar cegamente o que foi veiculado.

De fato, formulações do tipo são algo fora da generalidade e da realidade do processo civil clássico. Em verdade, esta proposta é de causar espécie, pois o processo perderia sua essência de garantir segurança jurídica e certeza. Contudo, deve-se pensar que limitações serão impostas, bem como que o processo é um dos meios para se garantir a tutela dos direitos materiais, o que redunda na flexibilização do modelo posto para se atender a uma realidade peculiar e própria, como a dos processos estruturais.

A aplicação direta do princípio da congruência entre a sentença e o pedido impede, muitas vezes, que alterações no curso do processo, sejam fáticas ou jurídicas, e que impactem diretamente o objeto tutelado, sejam consideradas, julgando o magistrado a partir do pedido e da causa de pedir veiculada na exordial. Esse formalismo exacerbado não tem lugar no processo estrutural, sendo que o magistrado deverá ter certa margem para analisar o litígio e o que se pretende tutelar.

Não se defende a discricionariedade, mas certa grau de liberdade para o magistrado apreender a lide, para além da pretensão inicial, que deverá ser mitigada especialmente pela atuação comparticipativa das partes e pelo contraditório. Seja na fase de conhecimento, seja na fase executiva, o magistrado deverá observar as peculiaridades do caso concreto no momento de decidir, não incidindo necessariamente em vícios algum afastamento da pretensão autoral ao definir as medidas cuja implementação o caso requer.

A flexibilização do instituto do pedido em processos estruturais demanda, inclusive, um olhar diferente para o momento da execução. Como o processo é experimental e participativo, voltado, principalmente, para a implementação de medidas estruturais em consenso, observa-se a existência de uma forte ligação entre as fases do processo estrutural. Isso determina que os momentos de acertamento do direito e de execução se imiscuem, não sendo possível definir de modo estanque seu início e seu fim. Para tanto, será razoável que as partes e o magistrado, em cooperação, revisitem suas pretensões e as decisões proferidas.

Para facilitar a compreensão dessa proposta, passe-se à análise de alguns exemplos concretos de como essa flexibilização poderá ocorrer.

A proposta que se delineia encontra guarida, inclusive, em proposta legislativa atualmente em curso no Brasil. Trata-se do Projeto de Lei 8.058/14[264], que, em seu art. 20, dispõe que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, pode alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto se o ente público promover alguma

[264] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições. PL 8.058/2014. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758. Acesso em: 22 de agosto 2017.

política pública mais adequada ou se as medidas determinadas na decisão se demonstrarem inadequadas para o atendimento do direito em questão.

> 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.

Outrossim, no Projeto de Lei 5.139/09, que pretendia a atualização da vigente Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985)[265], havia a proposta de que nas ações coletivas, a requerimento do autor ou do Ministério Público, até o momento de prolação da sentença, o juiz pudesse permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que assegurado o contraditório e não importasse em prejuízo para o demandado.

> Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor ou do Ministério Público, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser assegurado o contraditório, mediante a possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultada prova complementar.

Percebe-se, pois, que a proposta de flexibilização do instituto processual do pedido, que já não é uma novidade, indica um novo potencial do processo estrutural: o de suas decisões alcançarem, de fato, as providências que melhor se ajustem à situação conflituosa apresentada.

A experiência portuguesa pode servir de base para a implementação dessa proposta, bem como algumas regras processuais existentes no CPC brasileiro, que possuem alto grau de aplicabilidade, muitas vezes, ignorada.

O Código de Processo Civil português (Lei nº 41/2013) contempla duas regras que se aplicam diretamente aos processos estruturais, quebrando a rigidez formal do instituto do pedido. Com bem assevera Didier[266], partindo dos estudos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, os referidos artigos tratam de forma extensa da possibilidade de alteração objetiva da demanda, que, como visto, é impossível no Direito brasileiro após o saneamento do processo.

---

[265] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições. PL 5.139/2009. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485. Acesso em: 22 de agosto de 2017.

[266] "Carlos Alberto Alvaro de Oliveira lembra alguns dispositivos do direito estrangeiro, que podem servir como referência: (...) c) extenso regramento do Código de Processo Civil Português sobre o assunto (arts. 272-273). Percebe-se que a análise da utilidade e da viabilidade da alteração do objeto litigioso do processo deve ser transferida ao magistrado, que as verificará em cada caso concreto que lhe for submetido. O legislador partiu de premissa exatamente contrária a essa: é interessante, a princípio, a alteração consensual, salvo se não o for concretamente" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 579).

Na mesma esteira, o art. 264 do CPC português aduz que é plenamente possível, pela realização de um acordo entre as partes, a alteração ou ampliação do pedido e da causa de pedir em qualquer momento processual ou em 1ª e 2ª instâncias. Ressalva-se, apenas, que tal alteração/ampliação não será possível se perturbar a instrução, o julgamento ou a discussão do objeto litigioso:

> Art. 264 (correspondente ao art. 272 do CPC de 1961) - Alteração do pedido e da causa de pedir por acordo:
> Havendo acordo das partes, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados ou ampliados em qualquer altura, em 1ª ou 2ª instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito.

No Direito brasileiro, em que pese a vedação legal, a existência dos negócios processuais (art. 190 do CPC) revela a possibilidade de realização de acordos entre as partes sobre suas faculdades, cabendo ao magistrado analisar sua pertinência, como ocorre no Direito português. A existência de regramento semelhante ao art. 264 do CPC português possibilitaria a formação de um processo baseado no consenso, na construção comparticipativa do processo, realçando que a rigidez formal pode ser superada.

No mesmo contexto, o art. 265 do CPC português trata da possibilidade da alteração/ampliação do pedido e da causa de pedir na falta de acordo. Há a previsão da possibilidade de o autor, a qualquer tempo, até o encerramento da discussão em 1ª instância, reduzir ou ampliar o pedido e modificar a causa de pedir, desde que decorrente do desenvolvimento ou como consequência do pedido primitivo.

> Artigo 265 (correspondente ao art. 273 do CPC de 1961) – Alteração do pedido e da causa de pedir na falta de acordo:
> 2 - O autor pode, em qualquer altura, reduzir o pedido e pode ampliá-lo até o encerramento da discussão em 1ª instância se a ampliação for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo.
> 6 – É permitida a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir desde que tal não implique convolação para relação jurídica diversa da controvertida.

Essa regra expressa com exatidão a flexibilização defendida na pesquisa, realçando a necessidade de uma ampliação da alteração objetiva da demanda, desde que observada a conexão entre o que está sendo discutido no processo e a pretensão de alteração. Dessa forma, estas duas regras insertas no CPC português servem como norte para a revisitação/flexibilização proposta, em especial a ampla possibilidade de alteração objetiva da demanda, em contraponto à regra inserta no art. 329 do CPC.

Outrossim, três regras insertas no CPC evidenciam a existência de certa flexibilização na análise do instituto do pedido no Direito brasileiro, ligadas à previsão da

formalização de pedidos certos, mas genéricos, indeterminados; à interpretação do pedido; e à consideração pelo magistrado de fatos supervenientes que impactem a demanda.

A regra do art. 324, §1º, em especial o inciso II, do CPC[267], já mencionada anteriormente, merece ser relembrada, conquanto ao autor é facultado, quando impossível determinar com precisão as consequências do ato ou fato, formular um pedido genérico quanto a sua quantidade ou qualidade.

Em litígios estruturais, essa indeterminação quanto à quantidade ou qualidade do que se está pretendendo é algo corriqueiro, em razão dos litígios revelarem-se altamente complexos e mutáveis ao longo da tramitação processual. A indeterminação chega ao ponto de não se saber com precisão no momento de formulação do pedido inicial a extensão da obrigação a ser imposta, que termina por impactar na certeza da pretensão.

Essa regra evidencia a possibilidade da formulação de pedido genérico, sendo que as hipóteses aplicáveis, em especial a do inciso II, deverão ser interpretadas de forma ampliativa.

A segunda regra seria a do art. 322, §2°, do CPC[268], que aduz que a interpretação do pedido não é restritiva, devendo observar todo o conjunto da postulação e o princípio da boa-fé.

A interpretação do pedido, portanto, deve observar o conjunto da postulação, toda a demanda, e o princípio da boa-fé. O magistrado, no momento da decisão, deverá observar o que foi veiculado pela parte na exordial, mesmo que de forma incipiente, e se a interpretação não traz prejuízos à defesa ou estaria em desacordo com a algum preceito legal.

Fredie Didier, de modo sistêmico e resumido, ressalta como deve se dar a interpretação dos pedidos pelo magistrado:

> i) o julgador deve ater-se aos pedidos formulados pelo demandante, ressalvados os pedidos implícitos, adiante examinados; ii) a identificação dos pedidos expressamente formulados decorre da interpretação da demanda, considerada como declaração de vontade e que deve ser interpretada em seu conjunto; iii) a interpretação do pedido deve basear-se, ainda que minimamente, no texto da petição inicial; iv) a interpretação do pedido não pode prejudicar a defesa; a defesa, porém, pode servir como dado para a interpretação do pedido; v) a interpretação do pedido deve observar o princípio da boa-fé e os usos do lugar da postulação. [269]

---

[267] Art. 324. O pedido deve ser determinado. §1º É lícito, porém, formular pedido genérico: II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato.

[268] Art. 322. O pedido deve ser certo. §2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

[269] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 590.

Há que se ressaltar que, mesmo antes do CPC/2015, o STJ já entendia que o pedido teria que ser interpretado de acordo com o conjunto da postulação: o pedido deveria ser inferido a partir da análise do completo teor da petição inicial, razão pela qual não poderia considerar como *ultra petita* uma decisão que interpretava o pedido de forma ampla e concedesse à parte aquilo que foi efetivamente pretendido com o ajuizamento da ação (STJ, 3ª T., REsp 1.049.560-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 4.11.2010).

Essa interpretação, no processo estrutural, deverá observar a expressão de vontade da parte, em seu conjunto. Sendo dever do magistrado interpretar o pedido e a causa de pedir dessa forma, revela-se inadequado impedir que a parte faça alterações/ampliações em sua pretensão de boa-fé para adequá-la à realidade posta.

Ao considerar que a decisão proferida, que interpreta o pedido de forma ampla, não incorre em vícios, o CPC abre ampla possibilidade para a quebra da rigidez formal do instituto do pedido e da necessidade de formular um pedido certo e determinado. Importante destacar que qualquer interpretação nesse sentido depende do respeito ao devido processo legal e ao princípio da boa-fé, mas essa regra serve como base para o início de uma releitura do instituto.

Associado à interpretação do pedido, o art. 493 do CPC[270] prevê a possibilidade de o magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, considerar, no momento de proferir sua decisão, algum fato superveniente do direito do autor que influi no julgamento do mérito.

Essa regra deve ser analisada de forma ampla, como exceção à estabilização da demanda. A dedução de novas alegações pelo autor e pelo réu, após o ajuizamento do pedido e a apresentação da defesa, não pode ser desconsiderada pelo magistrado, bem como não se pode impor uma visão totalmente restritiva da consideração desses fatos.

José Roberto dos Santos Bedaque[271], ainda na vigência do CPC/1973, defendia a prevalência de um entendimento restritivo do teor do então art. 462 do CPC/1973[272] (correspondente ao art. 493 do CPC/2015), que só permitiria a consideração pelo juiz de um fato superveniente constitutivo do direito do autor se este guardasse nexo com o fato principal veiculado na petição inicial. Tal entendimento está dissociado da lógica instrumental do processo.

---

[270] Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

[271] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 137.

[272] "Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz toma-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença".

No caso do autor, é plenamente justificável a retificação de seu pedido ou da causa de pedir em razão da decorrência de um fato novo, que influirá diretamente no mérito da causa. Este fato, obrigatoriamente, tem que guardar uma relação direta com o conjunto fático exposto, de modo a não haver uma inovação no processo e uma total surpresa à parte ré.

Está-se aqui defendendo a primazia do mérito (art. 4º e 317 do CPC) e a instrumentalidade do processo, para que seja atingido o seu fim último: solucionar a crise do direito material. [273] Diante das alterações do quadro fático, o magistrado deve considerá-las no momento do julgamento da lide, sob pena de violar esses preceitos, cabendo às partes o dever de fiscalização e auxílio.

Seria extremamente onerosa para as partes e para o Poder Judiciário a imposição do ajuizamento de uma nova demanda toda vez que os fatos se modificassem e a decisão de mérito não possuísse correlação com os fatos narrados na inicial. Em processos estruturais isso é muito comum, em razão da complexidade e fluidez do litígio, o que terminaria por inviabilizar o provimento jurisdicional.

Em relação ao réu, em que pese as regras preclusivas em se tratando da não alegação de defesa de mérito no momento oportuno (art. 336 e 337 do CPC), a dedução de novas alegações devem ser levadas em consideração, em especial se referente a fatos novos e que impactem no julgamento pelo magistrado.

Ressalte-se que qualquer alegação de fatos novos pelas partes implicará a reabertura do contraditório, com a garantia da ampla defesa (art. 493, parágrafo único, do CPC), com vistas a legitimar o processo e evitar a violação de direitos. Observe-se, todavia, que, mesmo com a reabertura do contraditório e a possível produção de novas provas, o impedimento do ajuizamento de nova demanda e a análise de fatos novos baseada no mesmo processo (ampliação da demanda)[274] são ganhos significativos na tutela de direitos.

---

[273] "Trata-se de exceção à estabilização da demanda, justificável pela verificação do fato novo. Para legitimar o julgamento fundado na nova causa, basta seja reaberto o contraditório, inclusive para possibilitar a produção de prova. Aproveita-se o mesmo instrumento para solucionar a crise do direito material à luz de fato inexistente no momento da propositura da demanda. A demora maior para a conclusão do processo é amplamente compensada pela eliminação de nova demanda" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 139). Essa nota é boa, mas não tem a ver com "dever de fiscalização e auxílio". Talvez ela esteja mal posicionada.

[274] Fredie Didier defende, ao tratar da ampliação da demanda, que a regra do art. 493 do CPC é uma exceção ao impedimento legal de aditamento do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do processo (art. 329 do CPC/15): "Fato constitutivo superveniente - causa de pedir remota superveniente, portanto - pode ser conhecido, até mesmo de ofício, caso interfira no julgamento da causa (art. 493, CPC). Esse conhecimento pode dar-se em qualquer estágio do processo. Trata-se de regra que, claramente, enfraquece o rigor preclusivo do art. 329, CPC, pois permite acréscimo de nova causa de pedir, até mesmo de ofício, relembre-se" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 577).

O art. 493 do CPC traz uma regra processual pouco explorada, mas essencial ao tratamento do pedido e da causa de pedir no processo estrutural. Uma visão ampliada dessa regra pode garantir a instrumentalidade ao processo, a primazia do mérito e uma tutela mais razoável, adequada e célere dos direitos materiais violados.

Por fim, torna-se importante ressaltar as previsões do art. 342, I[275], e do art. 1.014[276], ambos do CPC, que permitem à parte ré aduzir novas alegações após sua contestação relativas a direito ou fato superveniente, bem como dos arts. 505, I[277], e 536[278] do CPC, atinentes à execução.

O art. 505, I, do CPC, aduz à possibilidade de o juiz, em se tratando de relações jurídicas de trato sucessivo (como locações, compra e venda), diante da modificação dos fatos ou do direito, revisar o que foi estatuído na sentença. Essa norma, instituída para uma situação jurídica específica, revela que o CPC, na fase de execução, já traz regras pertinentes à possibilidade de adequação do comando sentencial à realidade fática/jurídica do caso concreto[279].

Ademais, o comando do art. 536 do CPC revela a ampla abertura de poder do juiz para, em obrigações de fazer e não fazer, determinar as medidas que se fizerem necessárias à efetivação da tutela jurisdicional.[280] Essas medidas muito se aproximam *structural injunctions*

---

[275] Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: I - relativas a direito ou a fato superveniente.

[276] Art. 1.014. As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

[277] Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.

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

[279] "A sentença que regula relações jurídicas permanentes e sucessivas contém uma cláusula *rebus sic stantibus*: havendo modificação superveniente no estado de fato ou de direito, é lícito rever o quanto se decidiu. O art. 505, I, CPC, cuida do assunto. O dispositivo autorizaria o reexame de decisão sobre relação jurídica de trato continuado (permanente ou sucessiva), em caso de modificação superveniente de fato ou de direito, automaticamente, em certos casos (...)"(DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 522).

[280] "As *injunctions*, como ensina Yeazell, são um dos institutos mais importantes na consolidação de direitos civis e constitucionais. Residem numa ideia simples, de que o Judiciário pode ordenar alguém que faça ou deixe de fazer algo. Poderíamos assemelhar as *injunctions* do direito estadunidense, em paralelo ao Direito Brasileiro, às medidas de tutela específica (a exemplo do art. 461 e art. 461-A do CPC/73), uma vez que parte da força das *injunctions* está exatamente na sua carga coercitiva, pois sua desobediência pode implicar penalidades que podem variar desde multas até a prisão" (YAZELL, Stephen C. Injunction. *In:* LEVY, Leonard Willians; KARST, Kenneth L.; WINKLER, Adam (Org.). Encyclopedia of the American Constitucion. 2. Ed. New York: Mac-millan Reference, 2000, p. 1372 *apud* VARELLA, Luiz Henrique Borges. RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. As *Structural Injunctions* e o Direito Processual Brasileiro: apontamentos acerca do alcance coletivo, da participação e da executividade das medidas estruturantes no âmbito da litigância de interesse público. *In:*

norte-americanas, com a possibilidade de aplicar medidas variadas, com alta carga de coercibilidade, no intuito de obrigar ou estruturar a efetivação da tutela pretendida.

Percebe-se que o sistema processual brasileiro já possui determinadas regras que evidenciam certa flexibilidade do instituto do pedido e as potencialidades dessa flexibilização no tratamento de litígios estruturais, sendo que é necessário ampliar esses esforços no sentido de possibilitar uma tutela adequada e efetiva aos direitos pela via do processo estrutural.

4.3.2.3 O modelo constitucional democrático de processo: uma limitação à flexibilização

A proposta de flexibilização/reformulação do instituto processual do pedido defendida nesta pesquisa tem por escopo a valorização do direito e do processo, com o intuito de se alcançar o fim a que este se presta: garantir a tutela adequada e efetiva de direitos. Afasta-se da concepção equivocada de que a flexibilização não observará qualquer limite e ocorrerá de forma desordenada e sem qualquer previsão de segurança jurídica e certeza aos jurisdicionados.

Partindo desse alerta, a flexibilização poderá implicar o levantamento de suspeitas de violação de direitos constitucionais básicos, como, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a segurança jurídica. Cumpre ressaltar, todavia, que no processo estrutural as partes, em conjunto com juiz, exercem papel determinante no processo de formação do provimento judicial, participação esta que se convola em controle da atividade jurisdicional. Nesse ponto residem a verdadeira essência desta proposta e o caminho para sua aplicabilidade.

Como amplamente defendido na pesquisa, a implementação do processo estrutural somente alcançará resultados efetivos ao observar o modelo constitucional de processo. Condicionar a formação dessa novel estrutura processual sob uma perspectiva democrática, que permita a participação e a influência de todos os atores processuais na formação do provimento jurisdicional e desestimule a ocorrência de práticas não condizentes com o *locus* processual, é o caminho mais acertado para se garantir o interesse e o direito de todos, inclusive dos réus, no processo para o tratamento de litígios complexos.

Percebe-se em litígios dessa natureza que, muitas vezes, a mera condenação de pagar quantia ou que determina uma obrigação de fazer ou não fazer foge completamente ao ideal de efetividade do direito e de reorganização burocrática de instituições públicas e

---

ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 518).

privadas, deixando o processo, consequentemente, de cumprir sua principal tarefa, a de concretizar direitos fundamentais ou valores públicos.

No mesmo sentido, a pretensão do autor pode ser insuficiente – ou seja, não ser adequada a solucionar a situação concreta em análise pelo juiz. Dessa forma, somente com base em uma lógica processual dialógica, comparticipativa e policêntrica é que as partes poderão, em conjunto com o juiz e demais interessados, decidir sobre o modo mais viável de solucionar o conflito em questão, adequando-o a sua realidade e possibilidade, tendo sempre como norte o dever de concretizar os direitos fundamentais e os valores constitucionais.

Garantir o contraditório, em sua acepção atual de não-surpresa e influência, e a ampla defesa, entre outros direitos fundamentais, é essencial. Ademais, duas regras insertas no CPC são relevantes na análise da flexibilização proposta, as quais não podem passar despercebidas: o dever de fundamentação das decisões, revisitado pelo art. 489, §1°, do CPC, com a descrição analítica do que seria uma decisão não fundamentada; e a previsão, no art. 3° do CPC/2015, do estímulo à ampla aplicabilidade dos mecanismo de solução consensual dos litígios na esfera processual e em qualquer momento, de forma prioritária. Ambas complementam as noções mais básicas do modelo constitucional de processo no controle da flexibilização proposta.

Concluindo, não é permitida qualquer flexibilização dos institutos processuais descolada da realidade dos litígios estruturais sem garantir aos atores processuais, minimamente, determinado controle da atuação jurisdicional, que não ocorrerá de forma solipsista, mas comparticipativa. A formação de um *locus* processual adequado, voltado ao consenso, se revela, portanto, essencial para o desenvolvimento do processo estrutural.

5. O Delineamento de Três Casos Práticos na Perspectiva dos Processos Estruturais

Traçado o panorama dos processos estruturais do Direito brasileiro, com a definição de seus pressupostos, fundamentos e, em especial, o tratamento dos institutos do pedido e da participação nesse modelo processual, intenciona-se demonstrar a aplicação do método a três diferentes casos, todos ocorridos na Região dos Inconfidentes, em Minas Gerais.

Este último momento perpassa pelo delineamento de três casos práticos na perspectiva da teoria desenhada do modelo dos processos estruturais. Trata-se de uma aproximação entre a teoria e os litígios narrados, com vistas a trazer concretude e visualizar a aplicabilidade do modelo defendido nesta pesquisa.

Parte-se da análise dos três litígios ocorridos na região dos Inconfidentes, que tiveram tratamentos diversos, baseados nos modelos processuais clássicos do direito brasileiro. Todos foram selecionados em razão de suas características, da potencialidade de suas investigações, da aproximação para com o objeto de estudo no presente trabalho e da familiaridade com que todas as pessoas residentes na Região dos Inconfidentes tiveram com estes litígios. O último fator se revela essencial, conquanto a pesquisa não pode ser apartada da realidade local, sendo que fatores e situações conflituosas da região tendem a ser mais importantes e relevantes para seus habitantes, sem se considerar a magnitude de sua abrangência.

A análise tem como proposta traçar um delineamento do litígio, evidenciando suas características, como este se desenvolveu, qual foi a resposta do Poder Judiciário, qual a forma de tutela pleiteada, sempre com um foco principal no instituto do pedido e da participação.

Propõe-se, portanto, traçar esse quadro de cada um dos litígios em questão e, posteriormente, explorar como seria o seu tratamento à luz do processo estrutural, evidenciando os resultados alcançados, a adequação e efetividade da tutela processual e a existência de eventual aproximação/similitude de medidas implementadas, entre outras questões. Serão investigados o litígio da intervenção judicial da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto, o do desastre ocorrido em Mariana/MG, seguido do rompimento da barragem de Fundão, com foco especial na ação guarda-chuva proposta perante a Justiça Federal, e o do Carnaval de Ouro Preto.

5.1 A intervenção judicial da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto: um litígio individual com características de litígio estrutural

5.1.1 As origens do litígio

O litígio envolvendo a intervenção judicial que ocorreu na Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto, Minas Gerais, é um exemplo relevante para se demonstrar as potencialidades de implementação de um processo estrutural e as principais dificuldades de aplicação do modelo processual clássico a uma tipologia de litígios totalmente diversa.

O nosocômio é referência da microrregião que reúne Ouro Preto, Mariana e Itabirito, o qual, em decorrência do ajuizamento da Ação Ordinária n° 0461.15.004055-2, que tramita na 2ª Vara Cível da Comarca de Ouro Preto, promovida pelo município de Ouro Preto,

passou por um período de intervenção judicial. A ação foi proposta em face da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto e de seus três gestores, gerando processo atualmente em fase processual de produção de provas.

No dia 1º de junho de 2015, a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto, administradora do hospital, sob a justificativa de falta de recursos financeiros para a manutenção do hospital, fechou os serviços de Pronto Atendimento e Emergência do nosocômio em diversas especialidades, paralisando todo o atendimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS) aos pacientes da região, o que causou enormes prejuízos à comunidade. O atendimento somente foi reaberto após alguns dias, em razão do ajuizamento da ação pelo ente municipal e do deferimento do pedido liminar de intervenção da Santa Casa e de destituição de sua mesa diretora.

A situação de crise econômica da Santa Casa é retratada na ação, demonstrando a existência de sinais de má-gestão, de inexecução de diversos contratos, inclusive o firmado com o município de Ouro Preto para a prestação dos serviços pelo SUS (por meio da Inexigibilidade de Licitação n° 084/2013), de ausência de estrutura para o corpo clínico e de pagamento de diversas das obrigações assumidas, inclusive com o corpo clínico, abandonando o atendimento à população.

Em razão da urgência e da comunicação de fechamento dos serviços de Pronto Atendimento e Emergência do hospital pela Irmandade no final de maio de 2015, os pedidos foram ajuizados buscando a prestação das contas e o reestabelecimento da prestação dos serviços à comunidade.

O pedido liminar de intervenção e de destituição da mesa diretora foi acolhido pela magistrada Letícia Drumond, lotada à época na 2ª Vara Cível de Ouro Preto/MG, sendo determinado o início da intervenção pelo prazo de um ano, prorrogável, assumindo a direção do hospital uma interventora também nomeada pelo juízo.

A intervenção perdurou até meados de outubro de 2017, tendo sido determinada a transferência da plena administração do nosocômio à Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto no dia 25 de outubro de 2017, em razão de decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em sede de antecipação da tutela dos efeitos recursais, proferida liminarmente em um recurso de agravo de instrumento interposto pela Irmandade e um dos antigos gestores da Santa Casa.

Considerando que o nosocômio estava em pleno funcionamento e que a intervenção judicial estava obtendo resultados positivos, inexistindo, portanto, um iminente perigo público, pela decisão determinou-se, liminarmente, a suspensão da nova prorrogação

da intervenção judicial e, consequentemente, a transferência da administração para a Irmandade, pondo fim à intervenção judicial.

Em que pese o término da intervenção judicial e a paralisação da reestruturação burocrática da gestão hospitalar, o processo está tramitando regularmente, hoje na fase probatória, aguardando a realização da prova pericial sobre a gestão financeira-contábil realizada pela Irmandade e por seus gestores.

A referida auditoria contábil-financeira foi realizada, de forma conjunta, pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS (DENASUS) e pela Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais (SES-MG), após a determinação pela magistrada, em atenção à expertise e à notoriedade dos referidos órgãos públicos, especializados no controle e na auditoria de hospitais e instituições de saúde que prestam serviços do SUS.

Como se vê, a intervenção judicial da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto é um exemplo de um conflito extremamente complexo e multipolar, envolvendo diversos interesses, mas que está imiscuído na lógica processual tradicional bipolar, o que traz implicações diretas no trâmite processual e na aplicação dos institutos processuais.

5.1.2 O tratamento deficitário do litígio na ótica tradicional: as mudanças que poderiam ser implementadas à luz do processo estrutural

O "processo da Santa Casa" tem características formais de um conflito bipolar, na qual deveriam estar totalmente delimitadas a pretensão do autor, as partes envolvidas e os interesses eventualmente existentes, tratando-se de apenas mais um caso apto a ser julgado pelos clássicos instrumentos processuais existentes.

Em que pese se tratar de um procedimento comum, com partes bem determinadas, o que se observou foi a existência de uma gama enorme de interessados no provimento final e de diversas causas concorrentes para a existência do litígio e que os mecanismos processuais clássicos não conseguem dar todas as respostas necessárias, principalmente quando se analisam a pretensão final e o engessamento do comando judicial sentencial.

O litígio, portanto, revela-se multipolar e altamente complexo, características típicas de um litígio estrutural. Entre os interesses existentes, como base em um exercício meramente didático, podem-se elencar: o interesse de toda a comunidade da microrregião Ouro Preto, Mariana e Itabirito; o interesse do município de Ouro Preto, do Estado de Minas Gerais e da União Federal, por meio de órgãos que repassam verbas públicas ao hospital; o interesse da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto; o interesse dos gestores

réus; o interesse dos diversos fornecedores e prestadores de serviços direitos ou indiretos e o interesse do corpo clínico e dos empregados.

Para o trato de todos esses intereses, em que pese não estar-se diante de uma ação coletiva, mais comumente utilizada para o trato desse tipo de conflitos, observa-se que a aplicação da teoria dos processos estruturais seria o caminho mais racional para se revisitar determinados institutos processuais e adequar o provimento judicial aos anseios e necessidades existentes na realidade do caso.

A partir da análise da petição inicial, observa-se que o autor, liminarmente, requereu a destituição da mesa diretora, com a consequente implementação de uma intervenção judicial pelo prazo de um ano, prorrogável, concedendo poderes de administração ao interventor e acesso às contas bancárias, com a finalidade de garantir a efetiva continuidade da prestação dos serviços de saúde no hospital.

Visando garantir maior eficácia à medida, requereram-se, ainda, a busca e apreensão de documentos contábeis e gerenciais e a quebra de sigilo bancário da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto e dos demais réus.

Por fim, a pretensão final do autor consiste na condenação dos réus na obrigação de fazer, especialmente a Irmandade, consistente na adoção de todas e quaisquer medidas necessárias para garantir a continuidade da prestação dos serviços de saúde e a implementação de uma gestão hospitalar, prestando contas, na forma contábil, de todos os recursos públicos recebidos[281].

Percebe-se pela simples análise dos pedidos formulados que a lógica processual clássica não está apta a responder aos anseios e à realidade concreta do caso em questão. Como visto, o instituto do pedido, da forma como delineado para o tratamento de conflitos individuais, acaba por dificultar o tratamento de litígios altamente mutáveis e complexos, como o caso da Santa Casa.

Esse estágio atual, na lógica dos processos estruturais precisa ser revisto, com fulcro na efetivação da flexibilização proposta nesta pesquisa. No caso em questão, percebe-se que o pedido final envolve a implementação de uma gestão hospitalar, modificando toda a estrutura de gestão e funcionamento da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto, sem se

[281] Transcreve-se o pedido final, para se facilitar a compreensão: "Pede-se a manutenção da INTERVENÇÃO JUDICIAL pleiteada judicialmente para condenar os requeridos em obrigação de fazer, especialmente a PRIMEIRA REQUERIDA, consistente na adoção de todas e quaisquer providências de modo a garantir necessária a continuidade da prestação dos serviços de saúde e implementação de gestão hospitalar, bem como a obrigação de fazer de prestar contas na forma contábil de todos os recursos públicos recebidos.".

saber, ao certo, como será implementado o provimento final ou como se dará a forma de fiscalização e controle pelo Poder Judiciário.

A causa de pedir, inicialmente pautada em indícios de irregularidades e de descumprimento contratual, que redundaram no fechamento do Pronto Atendimento e Emergência, até o final da produção probatória financeira-contábil, em que se analisará a fundo como era realizada a gestão do hospital e como se dava a gestão das contas e o uso dos recursos públicos, poderá sofrer sensível alteração, ainda mais quando se está tentando reorganizar a estrutura burocrática de uma instituição.

Nos pedidos formulados pelo autor, observa-se uma característica marcante dos processos estruturais, qual seja, a busca por uma decisão prospectiva, que consiga resgatar elementos do passado, na lógica tradicional do processo, mas que trabalhe o presente e, especialmente, o futuro, como as consequências da decisão se perpetuarão e como esta será implementada e fiscalizada.

Percebem-se diretamente os impactos positivos que a flexibilização proposta teria no caso da Santa Casa, vez que os pedidos não são determinados e possuem traços de incerteza, assim como a causa de pedir é amorfa, mutável, sendo impossível que a sentença resguarde uma total congruência com o pedido inicial da parte autora.

Ora, mesmo que não se conheça ou se controle de que forma se dará a reestruturação da organização burocrática do hospital, sabe-se que a pretensão final consiste em devolver a administração do hospital à ré Irmandade, cabendo a esta, após todo o trâmite processual, cumprir o comando judicial de prestar efetivamente o serviço de saúde e possibilitar uma nova e eficiente gestão hospitalar.

Ultrapassado esse importante ponto, da análise da decisão proferida no caso, observa-se que esta retrata com exatidão as características de um provimento judicial que adota medidas estruturais. Na referida decisão foram deferidos em parte os pedidos liminares, sendo determinada a intervenção judicial da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto pelo prazo de um ano, prorrogável, desde que evidenciada a necessidade, com o intuito de retomar e manter a prestação dos serviços de saúde ofertados, em especial à microrregião de Ouro Preto, Mariana e Itabirito, e garantir, pelo menos momentaneamente, o início de um controle jurisdicional da gestão do hospital.

A determinação da intervenção judicial do hospital, com a nomeação de uma instituição administradora habilitada, foi uma das medidas disponíveis e necessárias adotadas pelo Poder Judiciário para iniciar um processo de reestruturação e organização da estrutura burocrática da Santa Casa.

Além dessa medida, em caráter de urgência e por prazo determinado, evidenciando uma característica de transitoriedade da decisão proferida, com a possibilidade de revisão desta a qualquer momento, com vistas a adequá-la à realidade do caso, foi determinada a destituição da mesa diretora do hospital, para evitar ingerências externas prejudiciais à administração do nosocômio, bem como para proceder a busca e apreensão de documentos contábeis e gerenciais da Santa Casa.

Foi determinada, ainda, a elaboração, pela instituição interventora nomeada, de um inventário e de um balanço geral, a ser apresentado em juízo e com a apreciação do Ministério Público, no prazo de quarenta e cinco dias, bem como da análise e revisão dos contratos de serviços terceirizados, no prazo de noventa dias. Ademais, foi determinada a necessidade de elaboração de relatório das medidas empreendidas trimestralmente, devendo este ser encaminhado ao juízo, para conhecimento.

Por fim, considerando que os serviços do Pronto Atendimento e Emergência estavam fechados e que um feriado nacional se aproximava, a magistrada nomeou de forma provisória uma administradora como interventora judicial, com vistas a garantir a reabertura da prestação dos serviços e a implementação da decisão de forma mais dinâmica e célere possível.

Observe-se, após essa breve explanação das medidas judiciais adotadas, que foram proferidos diversos comandos judiciais, mutáveis e em sequência, com a finalidade de garantir a pretensão da parte autora de resguardar, em um primeiro momento, a defesa dos direitos fundamentais violados e dos valores públicos renegados.

Em processos em que há a aplicação de medidas estruturais, é comum a formulação de decisões com essa estrutura Por mais de uma vez, os magistrados são chamados a atuar diretamente na condução da reestruturação da gestão das instituições privadas ou públicas, contando para tanto com um aparato judicial diferenciado e com a participação dos mais diversos atores interessados.

São proferidos, portanto, provimentos em cascata. No caso em análise, a instituição interventora nomeada não assumiu a administração do hospital, tendo sido mantida e sendo nomeada de forma definitiva a interventora judicial nomeada provisoriamente, com o intuito de garantir a reabertura do Pronto Atendimento e Emergência. Por conseguinte, remodelando a decisão anteriormente proferida, o Poder Judiciário nomeou para atuar em

conjunto com a interventora judicial um corpo jurídico de assessoramento, que, neste caso, enquadra-se como exemplo de *special master*[282].

Como já demonstrado, diversas foram as medidas deferidas para dar início a um processo de reestruturação burocrática da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto e possibilitar uma modificação na gestão do hospital, sempre visando a devolução da gestão à Irmandade. Esses provimentos demonstram o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a instituição privada em questão, havendo, em um primeiro momento, uma centralidade das ações.

Nada obstante, observando-se o trâmite processual, é facilmente perceptível que toda a sua estrutura retrata o modelo individual bipolar de processo, o que traz sérias implicações e acaba por dificultar a efetiva e adequada tutela de direitos.

Em que pese já se ter percebido que determinados pontos da teoria do processo estrutural foram aplicados ao litígio, mesmo que de forma não intencional e muito em razão das necessidades urgentes, o tratamento da participação e criação de um *locus* dialógico dentro no bojo do processo restou prejudicada.

A participação no processo somente foi facultada às partes, sendo que de forma muito incipiente e referente a atos específicos foi oportunizada aos atores processuais nomeados para a implementação da intervenção judicial.

Em nenhum momento, em razão da rigidez procedimental e do engessamento do modelo bipolar, foi promovida a participação de interessados estranhos ao processo (participação potenciada), com a apreensão dos interesses lateralizados existentes e uma maior publicidade do processo perante a comunidade atingida. Isso decorreu muito em razão da dificuldade de se ampliar o escopo da jurisdição e de se buscar a implementação de um reforma estrutural, conforme examinada nesta pesquisa. Para se ter ideia, nunca foi realizada qualquer audiência pública, qualquer tentativa de maior publicização do processo apenas se limitando o Poder judiciário a indicar terceiros *experts* para o auxílio do Juízo e a produção da prova pericial, o que é bastante comum em litígios bipolares.

A interventora judicial nomeada tinha suas funções predefinidas, cabendo a ela manifestar no processo somente prestando informações de sua gestão, do inventário e do balanço geral, entre outras questões, não afetas à relação processual. Já a participação do DENASUS e da SES-MG está totalmente adstrita à realização do exame pericial financeiro-contábil. Observe-se que os únicos terceiros que atuam no processo não participam

[282] CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law litigation*, 89 Harv. L. em. 1281 (1976). Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic publicaem en Revista de Processo nº 268, junho 2017, p. 51-52.

diretamente de suas questões meritórias, estando estes totalmente alijados da implementação de uma reforma estrutural, que até o presente momento não chegou a ocorrer.

Cumpre asseverar, contudo, que a crítica que aqui se faz tem um fundamento construtivo, que se apoia na noção da real dificuldade por parte do Poder Judiciário e das partes de implementar um novo modelo processual, que sequer foi difundido de forma ampla no Direito brasileiro. A crítica não é vã; mas apenas se apontam problemas que o modelo bipolar impõe e que deveriam ser mitigados em litígios dessa natureza.

De forma atrelada à participação, é interessante observar que o processo não foi transformado em um *locus* dialógico, de atuação comparticipativa dos sujeitos processuais para a modificação da realidade existente. O que se percebeu até o final da intervenção judicial foi um claro afastamento, após um primeiro momento de exercício de um papel mais ativo, do Poder Judiciário, criando uma verdadeira cisão entre a Irmandade e os responsáveis pela intervenção judicial e a potencialização de um sentimento de disputa.

O litígio se desenvolveu de forma bipolar entre as partes, mas a adversariedade se aprofundou muito entre a Irmandade e a interventora judicial nomeada, o que chega a causar espanto. Dentro da instituição privada, havia um embate, que redundou no recurso interposto e provido, com a determinação do fim da intervenção, sem que em qualquer momento processual houvesse alguma discussão acerca da reforma da gestão hospitalar e das medidas que poderiam ser implementadas.

Nesse contexto, o processo seguiu um caminho de embate, sem a busca do diálogo, do consenso, não sendo crível que a Irmandade e seus gestores não tinham qualquer noção da realidade do nosocômio, da necessidade de mudanças urgentes e da total impossibilidade de gestão diante das dificuldades existentes, com uma dívida que ultrapassa dez milhões de reais.

A juíza do caso, em um primeiro momento, agiu em conformidade com um papel mais ativo, exercendo um verdadeiro comando-controle do litígio, muito em razão da realidade apresentada ao Poder Judiciário. Contudo, após este primeiro contato, em atenção ao modelo constitucional de processo e às normas fundamentais do CPC, caberia a ela atuar de forma comparticipativa com as partes, de forma experimentalista, para se criar um ambiente propício à implementação de uma reforma estrutural, o que não ocorreu.

Como defendido nesta pesquisa, somente a partir da promoção da participação efetiva, da transformação do *locus* processual, da defesa e busca do diálogo e do consenso é que as transformações poderão ser implementadas em litígios estruturais, como o da Santa

Casa. A ausência destes elementos acaba por criar uma dissonância entre a realidade do litígio e a atuação processual, chegando ao estágio atual do processo envolvendo a Irmandade.

Soma-se a isso o fato de que o Poder Judiciário, em especial o desembargador responsável pela decisão que proveu o recurso de agravo, dando ensejo ao término da intervenção judicial da Santa Casa, ignorou a realidade do caso concreto e a necessidade de implementação de diversas medidas para modificar a estrutura burocrática de gestão do nosocômio. Partiu-se da ideia de que, se o nosocômio estava em pleno funcionamento e que a intervenção judicial estava obtendo resultados positivos, não mais haveria o alegado iminente perigo público, tudo a viabilizar, liminarmente (*inaldita altera pars*), a suspensão da nova prorrogação da intervenção judicial e devolução da administração do hospital para a Irmandade, pondo fim à intervenção judicial.

Traçado todo este cenário, de potencialidades, críticas e problemas, é importante ressaltar que o processo tramita regularmente, conforme o tradicional método individual-bipolar, não havendo qualquer modificação sensível na gestão hospitalar por parte da Irmandade, aguardando-se, ainda, a realização do exame pericial pelo DENASUS e pela SES-MG.

O DENASUS e o SES-MG, de forma conjunta, em junho de 2018, apresentaram o Relatório de Auditória Integrada n° 01/2018 da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto, com abrangência do período de 2012 a 2017. O exame pericial, com mais de 100 páginas, apresenta uma análise sobre toda a estrutura do nosocômio, desde a equipe profissional até a análise financeira-contábil. Até o presente momento, não há uma deliberação definitiva do Poder Judiciário sobre os resultados da perícia realizada.

De forma bastante objetiva, já nas considerações finais do exame pericial, os órgãos competentes apontam que existem irregularidades ou infrações financeiro-contábeis cometidas pela gestão anterior à Intervenção Judicial, evidenciando-se uma situação de penumbra contábil, de caráter pré-falimentar. Apontou-se que o nosocômio tem uma dívida aproximada de R$ 12.446.548,00, com total ausência de capital de giro para manutenção do hospital e com irregularidades graves cometidas. Entre estas, menciona-se a contratação de empresa de consultoria de forma verbal e sem análise de preço e da empresa do provedor da Irmandade para o fornecimento de pães ao hospital, ao arrepio das normas constitucionais e administrativas, tão afeitas ao Poder Público. Por essas razões e avaliando-se que o período de intervenção judicial, nos moldes como realizada, não obteve sucesso, os órgãos competentes consideram a situação do nosocômio como insustentável, devendo, em caráter de urgência, ser determinada a continuidade ou nova intervenção administrativa ou judicial na entidade.

O seguinte trecho das “Considerações Finais” do exame pericial é importante para se compreender o acima exposto:

> A escolha da administradora e o período da intervenção não apresentam irregularidades graves ou impropriedades que merecem destaques, não obstante observamos tanto pelos resultados quanto os indicadores contábeis que a Intervenção foi necessária e devida, mas a forma de administração ou gerenciamento da intervenção não foi eficaz.
> A administradora ficou isolada realizando seu trabalho e não conseguiu apoio das entidades ou atores do SUS como SES/MG, MS, COSEMS e outros.
> As intervenções administrativas ou judiciais que lograram êxito sempre tiveram um formato diferenciado de gestão, a partir da intervenção com uma Comissão Interdisciplinar para acompanhamento, monitoramento, colaboração e/ou fiscalização do ADMINISTRADOR CONTRATADO.
> Exemplos de sucesso podem citar dois exemplos: Hospital ou Santa Casa de Oliveira/MG, excelente resultado da intervenção, entrando agora em processo de transição para nova gestão em 2018. Também podemos citar o hospital São João de Deus em Divinópolis/MG, que tornou-se em Case em gestão hospitalar intervencionista com excelentes resultados.
> Coincidentemente os dois casos e outros tantos tiveram o relatório assinado pela chefia da Seção de Auditoria do Ministério da Saúde em Minas Gerais-SEAUD/MG. Considerando a importância do hospital e sua relevância regional, não obstante, representando uma situação falimentar (por analogia) ou uma necessária recuperação judicial ou administrativa, e considerando que a gestão do hospital pela Administradora Interventora não logrou êxito, sendo que as obrigações ou dívidas permanentes em suas demonstrações financeiras cresceram de forma constante e regular nos últimos três anos, atingindo ÁPICE EM 31/10/2017 o valor de patrimônio social negativo acumulado de R$ 12.446.548,00 (doze milhões, quatrocentos e quarenta e seis mil, quinhentos e quarenta e oito reais); **e considerando que todos os indicadores de análise do Balanço apontam para uma situação insustentável, sugere-se, em caráter de urgência, que o proceda a Continuação ou uma nova Intervenção Administrativa ou Judicial na entidade, visando à retirada da atual administração, uma vez que a mesma, durante todo o período da gestão, executou o contrato como administradora, não introduzindo medidas saneadoras de impactos durante a intervenção**; e a administração atual cometeu irregularidades passíveis de apuração e responsabilizações dos prejuízos causados à entidade. A atual diretoria que retornou a direção deverá também ser retirada imediatamente e nova fase de intervenção deverá ocorrer com a indicação de uma comissão multiprofissional para acompanhamento nos moldes dos casos de sucesso entre o MS, SES/MG e MPE/MG e CAO saúde. (grifos nossos).

Observa-se que a intervenção judicial da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto não obteve sucesso, especialmente pelo isolamento da interventora nomeada, o que comprova o argumento defendido nesta pesquisa de que a realização de qualquer reforma estrutural depende de uma ação conjunta de diversos órgãos, como propõem o DENASUS e o SES-MG.

O caso da intervenção judicial da Santa Casa seria, e ainda é, um campo fértil para a introdução e aplicação desse novo modelo processual, com vistas a garantir a reestruturação burocrática e a de gestão do nosocômio. Contudo, ao final, não se sabe como se dará o restante da condução processual, pautada em uma realidade processual clássica, restando em

aberto e para um momento futuro a análise da efetividade e da adequação da tutela a ser promovida pelo provimento jurisdicional final.

5.2 O rompimento da barragem de Fundão: os litígios supervenientes ao desastre ocorrido em Mariana/MG

O rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG, ocorrido no dia 5 de novembro de 2015, com o despejo de rejeitos minerais ao longo da bacia hidrográfica do rio Doce, entre os estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, é um dos maiores desastres ambientais de todo o mundo. Causou a morte de dezoito pessoas e deixou uma desaparecida, permitindo o acesso imediato de, pelo menos, 34 milhões de metros cúbicos de lama em direção ao rio Doce até o mar capixaba, sendo que outros 16 milhões de metros cúbicos continuam escoando lentamente.

Diversos danos foram ocasionados, sejam eles diretos ou indiretos, ligados a questões ambientais, sociais, econômicas e trabalhistas, entre outras. A lama tóxica desabrigou diversas famílias, em especial na comunidade de Bento Rodrigues, em Mariana/MG, que foi devastada, privou do abastecimento de água diversas cidades, destruiu a fauna e a flora ao longo do leito do rio Doce e trouxe danos ao patrimônio histórico-cultural.

Por esse motivo, várias ações foram ajuizadas, seja por particulares ou entes legitimados coletivos, em diversas comarcas de Minas Gerais e Espírito Santo, sendo que as principais foram ajuizadas na 12ª Vara Cível da Seção Judiciária Federal de Minas Gerais, em Belo Horizonte/MG.

Todas os processos têm objetos específicos e pretensões diversas, individuais e coletivas, realçando a complexidade e a existência de uma ampla gama de interesses envolvidos neste litígio de estrutura macro, sendo que o objeto de análise nesta pesquisa está voltado para a Ação Civil Pública n° 0023863-07.2016.4.01.3800, a ação guarda-chuva, que engloba a maioria dos entes interessados, o maior valor da causa e os acordos firmados, entre outras questões de grande relevância.

Como já esclarecido e mantendo a coerência com a proposta desta pesquisa, o foco principal será no instituto do pedido e na participação, que, no caso desse processo, em especial, partirá da análise dos acordos firmados e homologados pelo Poder Judiciário.

5.2.1 Os pedidos da Ação Civil Pública n° 0023863-07.2016.4.01.3800

A Ação Civil Pública n° 0023863-07.2016.4.01.3800[283] foi ajuizada pelo Ministério Público Federal em face das rés Samarco Mineração S/A, Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda., bem como de entes públicos, como a União Federal, o Estado de Minas Gerais e o Instituto Mineiro de Gestão de Águas, que, posteriormente, passariam à condição de interessados no processo ou de autores, a depender do ente público.

Narrando todo o contexto fático complexo que envolve o rompimento da barragem de Fundão, seja em decorrência dos inúmeros danos socioambientais e socioeconômicos, que afetam de forma diversa a sociedade civil organizada, grupos indígenas (Krenak, por exemplo), quilombolas e outras comunidades tradicionais, o Ministério Público Federal formula os pedidos.

Como já explorado acima, o Ministério Público Federal, em razão de sua legitimidade, representa diversos interesses, formulando na petição inicial, para além dos pedidos em sua concepção tradicional, uma proposta alternativa ao Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), firmado entre as rés e o Poder Público, sem a participação do ente ministerial.

Essa proposta alternativa traçou diretrizes para a elaboração, aprovação, gestão e execução dos planos socioambientais e socioeconômicos, com a provisão de capital, que foram todas albergadas nos dois últimos acordos homologados em agosto de 2018.

De forma muito semelhante ao proposto com a implementação de um processo estrutural, o Ministério Público Federal fixou a revisão da estrutura do acordo firmado, mediante a implementação de determinadas medidas e a modificação de determinadas cláusulas do TTAC. Entre elas, podem-se citar: necessidade de provisão de capital e do oferecimento de garantias, realização e implementação de planos socioambientais e socioeconômicos, realização de perícia e auditoria independente e revisitação da gestão corporativa da Fundação Renova[284].

Noutro giro, o ente ministerial explorou a necessidade de tomada de medidas emergenciais humanitárias, ambientais e socioeconômicas, que desembocam no pedido liminar e nos pedidos finais formulados.

---

[283] O acesso à petição inicial e aos demais dados do processo, mesmo que de forma parcial, é facultado pelo MPF na página http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-mariana/atuacao-do-mpf/linha-do-tempo, o que evidencia a tentativa de publicização das informações à sociedade, como defendido neste texto.

[284] "A Fundação Renova é a entidade responsável pela mobilização para a reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG. Trata-se de uma organização sem fins lucrativos, resultado de um compromisso jurídico chamado Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC). Ele define o escopo da atuação da Fundação Renova, que são 42 programas que se desdobram nos muitos projetos que estão sendo implementados nos 670 quilômetros de área impactada ao longo do rio Doce e afluentes" Disponível em: https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/

Para se ter ideia da alta complexidade envolvendo este caso, é interessante pontuar que os pedidos são delineados em 40 páginas na petição inicial. Entre os diversos pedidos liminares, que envolvem medidas a serem adotadas pelas empresas rés e pelos entes públicos, os que mais se aproximam de pedidos de caráter estrutural, com a tentativa de implementação de medidas de cunho prospectivo e contínuo, são os relacionados à aferição do dano e à tentativa de mitigação dos problemas emergenciais e os direcionados ao controle da Fundação Renova.

De forma exemplificativa, em razão da dificuldade de explorar cada um dos pedidos, cita-se o pedido liminar de proteção dos povos indígenas e de outras comunidades tradicionais. No âmbito dessa temática, o MPF requereu a determinação do cumprimento de um acordo firmado entre o povo indígena Krenak, a FUNAI e a Vale S/A, a disponibilização de caixas d'água, o fornecimento de água potável, o apoio financeiro, a apresentação de planos de recuperação do território indígena afetado e a compensação de danos, entre outras.

> VII. Determine aos réus que, em caráter solidário: a) implementem e desenvolvam programa específico de saúde, com a participação dos indígenas, voltado ao acompanhamento e melhoria das condições de nutrição das crianças, adultos e idosos das etnias Krenak, Tupiniquim e Guarani, diante dos impactos do rompimento da barragem Fundão sobre suas fontes nutricionais; b) promovam a contratação de equipe multidisciplinar, aprovada pela respectiva etnia indígena, que se dedique, em projeto de natureza amplamente participativa, **a propor e implementar medidas estruturais e culturalmente adequadas**, capazes de garantir e resgatar o acesso sustentável e autogestionado do povo indígena respectivo à sua alimentação tradicional, sendo que, para a consecução de tal objetivo, devem os réus apresentar, no prazo máximo de 06 (seis) meses, plano de ação, construído conjuntamente com a etnia respectiva, contendo as medidas a serem adotadas, bem como cronograma de trabalho, e, a seguir, produzir e divulgar relatórios de sua execução.

Todos esses pedidos, como o acima destacado, tiveram por premissa a fixação de medidas estruturais, que envolvem temáticas diversas e grupos atingidos polimorfos. As pretensões não são exaustivas e envolvem desde a implementação de planos de recuperação ambiental e de reestruturação da vida indígena culturalmente adequada até a instalação de caixas d'água, algo que foge muito dos escopos do Poder Judiciário, que tem um papel central de determinação dessas medidas e de exercício do controle de sua implementação em conjunto com os demais sujeitos processuais.

Ou seja, este litígio é um exemplo dos litígios estruturais, como os já delineados na pesquisa, merecendo um tratamento processual adequado, com vistas a enfrentar a complexidade do caso e fazer cessar violações sistêmicas de direitos.

Na mesma esteira, os 16 pedidos finais, de forma resumida, contemplam a essência dos pedidos liminares, com a pretensão de condenar os réus e os entes públicos a

repararem o dano ambiental, a criarem unidades de conservação ambiental na foz do rio Doce e a adotarem medidas de compensação dos danos verificados e de ressarcimento de gastos públicos, entre outras.

Mesmo que em determinados momentos a clássica concepção processual coletiva ainda tenha grande força, os pedidos, em sua maioria, têm são delineados na tentativa de implementar determinadas medidas para o tratamento adequado do litígio, com a primazia de uma visão prospectiva e contínua de reestruturação da realidade concreta do conflito.

5.2.2 Os acordos firmados: um novo enfoque na participação

Sob outro enfoque, agora o da participação e da representação dos interesses em jogo, é interessante explorar os dois acordos firmados no bojo da Ação Civil Pública n° 0023863-07.2016.4.01.3800.

No dia 8 de agosto de 2018, foi realizada sessão solene de conciliação, visando a eventual homologação e deliberação dos efeitos e consequências advindas do Termo de Ajustamento de Conduta Governança (TAC Governança) e do Termo Aditivo ao Termo de Ajustamento Preliminar (TAP). Celebrada a audiência, foi proferida sentença pelo juiz da 12ª Vara Federal de Minas Gerais com a homologação total do TAC Governança e com a homologação parcial do Termo Aditivo ao TAP, sendo realizadas ressalvas para o balizamento interpretativo do referido acordo.

O TAC Governança foi celebrado entre a União, os estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, por intermédio de órgãos competentes destes estados, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo, a Defensoria Pública Federal e as dos dois estados envolvidos, as empresas Samarco Mineração S/A, Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda. e a Fundação Renova.

O referido acordo tem por mote principal a alteração do TTAC, firmado em março de 2016, que resultou na criação da Fundação Renova, entidade privada semelhante às *claim resolution facilities* do Direito norte-americano[285], do Comitê Interfederativo (CIF) e das Câmaras Técnicas de assessoramento e consulta ao CIF, assim como na criação de estruturas capazes de garantir a efetiva participação dos atingidos no processo de tomada de decisão referente à reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão.

[285] CABRAL, Antônio do Passo. ZANETI, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *Claims Resolutions Facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de Processo. Vol. 287, jan 2019, p. 445/483.

A nova estrutura proposta objetiva três alterações, relativas a: mudança no processo de governança da Fundação Renova, para a definição e execução de ações e programas de reparação dos danos causados; aprimoramento de mecanismos de efetiva participação das pessoas atingidas; e estabelecimento de um processo de negociação visando à eventual repactuação dos programas já em curso.

Além disso, o TAC Governança estabelece os princípios gerais que regem o acordo firmado, preconizando a centralidade da pessoa atingida, o fortalecimento da participação e da atuação conjunta e articulada das esferas de governo na proteção dos direitos das pessoas atingidas, a transparência na difusão de informações acerca das ações de reparação integral, o acesso amplo e adequado à informação, o estabelecimento de canais de diálogo e de interlocução entre as pessoas atingidas, o Poder Público, as empresas, a Fundação e a sociedade, a execução de medidas que sejam adequadas à diversidade dos danos decorrentes do rompimento da barragem de Fundão e o reconhecimento, na implementação de programas, projetos e ações, da especificidade das situações de mulheres, crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, bem como de povos indígenas, quilombolas e tradicionais.

Por sua vez, o TAP foi firmado entre o Ministério Público Federal e o do Estado de Minas Gerais e as empresas rés, Vale S/A, Samarco Mineração S/A e BHP Billiton Brasil Ltda., no final de 2017, em complementação e substituição ao TAP firmado no início de 2017 entre as partes. As alterações propostas objetivam garantir a adequação das atividades relacionadas ao Eixo Socioeconômico, em substituição aos termos do TAP, com a implementação de medidas que visam possibilitar a realização do diagnóstico dos impactos socioeconômicos e a promoção de participação e assessoria técnica aos atingidos, com a nomeação de *experts* para atuarem em auxílio ao Juízo (*special masters*).

Do mesmo modo como o TAC Governança, o Termo Aditivo ao TAP também fixa princípios norteadores do acordo e da atuação das partes, voltados essencialmente à defesa dos direitos, da participação e do respeito à situação pessoal dos atingidos.

Em análise dos dois acordos, é possível perceber a existência de uma linha mestra na condução das negociações: a preocupação com o estabelecimento de mecanismos aptos a efetivarem o objetivo de potencializar a participação dos atingidos, os titulares do direito material violado, no momento de definição e execução de ações, projetos e programas, visando à reparação dos danos socioambientais causados pelo rompimento da barragem de Fundão. Além disso, enfoca-se a publicidade (transparência e difusão de informações) das

ações voltadas para a reparação dos danos causados, bem como a intenção de garantir tutela adequada aos direitos materiais violados.

Entre os pontos de maior relevância dos acordos firmados, têm-se a criação de Comissões Locais, de Câmaras Regionais e de um Fórum de Observadores e o direito de contar com o apoio de assessorias técnicas. Tudo isso não apenas para viabilizar, mas, sobretudo, para fomentar a participação dos atingidos em diversas instâncias decisórias e consultivas, seja no âmbito da estrutura modificada da Fundação Renova, seja no controle das atividades diagnósticas a serem desenvolvidas pelos *experts* nomeados.

Em conjunto, há a previsão da nomeação do Fundo Brasil de Direitos Humanos (Fundo Brasil) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV) para a garantir a assessoria técnica aos atingidos e a realização de um diagnóstico socioeconômico de sua situação após o rompimento da barragem de Fundão. A nomeação destas entidades seria, na visão das partes e do Poder Judiciário, essencial para garantir a representação adequada e voz aos reais titulares do direito material violado e ao dimensionamento dos danos sofridos.

Outros pontos estão relacionados à modificação da estrutura interna da Fundação Renova, do Comitê Interfederativo (CIF) e das Câmaras Técnicas, com a inclusão nas diversas instâncias da estrutura burocrática dos atingidos, por exemplo, no Conselho de Curadores e Consultivo da Fundação Renova, e à fixação da necessidade de realização de uma auditoria externa sobre os aspectos econômico e finalístico da Fundação Renova.

A auditoria externa terá caráter independente e exercerá o acompanhamento das atividades e dos programas desenvolvidos pela Fundação Renova e de seus desdobramentos, analisando a eficácia e a efetividade das medidas adotadas, com a publicização das informações obtidas. Para a realização da auditoria, já foram arroladas as empresas de consultoria que poderão ser contratadas pela Fundação Renova, após a aprovação pelo Ministério Público e pelo CIF, sendo elas a Ernst & Young (EY), a KPMG, a Deloitte e a Pricewaterhouse Coopers (PwC).

Os dois TACs firmados refletem a proposta inicial de revisão da estrutura do TTAC formulada pelo MPF na petição inicial da Ação Civil Pública, na tentativa de implementar medidas para modificar os procedimentos internos, a mentalidade dos agentes e as cláusulas do acordo prévio não homologado.

Em uma lógica processual totalmente diversa da tradicional, por meio do consenso e da participação dos atores processuais, estabeleceram-se a realização de perícia e auditoria independente e a revisitação de todo o sistema de gestão corporativa da Fundação

Renova, o que representa um avanço na criação de um ambiente propício ao debate e na potencialização da participação e do diálogo.

A formalização e homologação dos TACs, mesmo com ressalvas, representa um avanço no tratamento do litígio, com a implementação de reais mudanças na estrutura burocrática de uma entidade privada criada para promover a recomposição do dano e com o auxílio de terceiros especializados na quantificação do dano e na condução da definição das medidas a serem implementadas.

As questões atinentes à fixação da participação dos atingidos no âmbito da estrutura do Poder Judiciário e da administração da Fundação RENOVA, em conjunto com a escolha dos *special masters*, são as mais relevantes dos TACs homologados. Não significa dizer que as partes e o Poder Judiciário estão totalmente corretos e definiram as melhores estratégias para solucionar o litígio, mas que este caminho é longo e árduo e depende de constante revisitação.

Esse caráter experimental dos litígios estruturais está presente no caso, pois os TACs homologados, mesmo com ressalvas pontuais, são passíveis de novas reformulações, na tentativa de garantir a efetiva participação dos atingidos nos processos administrativos e judiciais e a construção conjunta das medidas a serem implementadas.

Esta breve análise dos dois acordos recentemente homologados comprova que o caminho trilhado na defesa dos interesses dos atingidos é promissor e apto a transformar a realidade existente, ao menos no plano das intenções. Trata-se, naturalmente, de um processo lento e gradual, que envolve planejamento, execução, fiscalização e diagnóstico, etapas que se seguem em ciclos de avaliações para o bem da reparação integral dos danos causados pelo rompimento da barragem. Esse processo teve um começo. Tem-se uma ideia de como será o seu desenvolvimento. Mas, como parece evidente, não é possível precisar o dia que terá fim[286].

5.3 O caso do Carnaval de Ouro Preto: a transformação de uma realidade histórica e complexa

O caso do Carnaval de Ouro Preto/MG, cidade patrimônio cultural da humanidade, título concedido pela UNESCO em 1980, teve início em 1999, redundando no ajuizamento de uma ação coletiva no ano 2000.

---

[286] FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

A Ação Civil Pública n° 0461.00.000019-4 foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do município de Ouro Preto, tramitando na 2ª Vara Cível da Comarca de Ouro Preto. A ação tinha por objeto a discussão acerca dos impactos sociais e ambientais relativos ao uso do Centro Histórico de Ouro Preto para a realização de eventos, festas e comemorações com alta concentração de pessoas e os impactos causados pelo tráfego de veículos de grande porte na zona urbana.

O Ministério Público denunciou a ocorrência de graves violações de direitos em decorrência do desrespeito ao patrimônio histórico e cultural de Ouro Preto, podendo-se citar: destruição, por mais de uma vez, do Chafariz do Pilar, em razão de acidentes automobilísticos; desrespeito às normas de postura e convivência, com a criação de uma cisão e uma grande tensão entre os moradores e os estudantes; interdição sistemática e recorrente de ruas e praças para a realização de eventos festivos de grande porte; a instalação de inúmeras caixas de som por toda a extensão do Centro Histórico durante o Carnaval; ausência de hidrantes instalados e o tráfego desordenado de veículos pesados pelas ruas e praças do Centro Histórico.

Esses fatos, somados ao longo do tempo, repercutiram de forma negativa na comunidade ouro-pretana e causaram grande abalo ao patrimônio histórico e cultural da cidade, que vinha sofrendo acelerada degradação.

É notável a complexidade do caso, conquanto a pretensão do ente ministerial envolveu uma modificação completa na estrutura de tráfego de veículos pesados, que era permitido sem qualquer controle ou legislação pertinente no Centro Histórico de Ouro Preto. Ademais, pretendia-se modificar o controle e a forma de realização de grandes eventos em áreas de proteção do patrimônio cultural, como o Carnaval, festa tradicional e amplamente conhecida no Brasil. Na legislação municipal e no controle dispensado pelo ente municipal, verificou-se, em um primeiro momento, a inexistência de qualquer normatização específica quanto a questões de segurança, controle de ruídos e vibrações, entre outras, o que resultou no ajuizamento da ação.

A demanda coletiva, ajuizada pouco antes da realização do Carnaval de 2000, foi tratada de modo um tanto quanto diferente das demais ações coletivas, alcançando resultados satisfatórios, considerando-se a amplitude e a complexidade das pretensões controvertidas e o modelo processual vigente à época.

Dois pontos iniciais revelam a tentativa de composição e de colheita de informações por parte do órgão ministerial anteriormente à deflagração do processo, o que

revela uma preocupação inicial em apreender a extensão do litígio e os interesses envolvidos, buscando uma resolução consensual prévia.

Em 4 de fevereiro de 1999, o órgão ministerial conduziu uma reunião com diversos setores da sociedade civil, entre eles representantes da Polícia, do Corpo de Bombeiros, da Prefeitura Municipal e de Associações Comunitárias, no intuito de esclarecer e discutir questões atinentes à segurança pública, à realização de eventos de grande porte e ao risco ao patrimônio cultural. Em 9 de fevereiro de 1999, na Secretaria de Turismo e Cultura, outra reunião, de caráter administrativo municipal foi realizada com o mesmo objetivo.

Essas reuniões, contudo, somente tiveram um caráter informativo e serviram de base para a montagem da ação coletiva, pois naquele momento os sujeitos envolvidos demonstraram estar completamente refratários a qualquer possibilidade de controle da realização de grandes eventos públicos.

Assim, com o ajuizamento da demanda coletiva, antes mesmo de analisar a medida liminar requerida, o juiz determinou a designação de audiência para tentativa de composição; realizada em 2 de fevereiro de 2000, restou frustrada. Nesta audiência preliminar, contudo, foi determinada a intimação de órgãos municipais e de entes responsáveis pela segurança pública, entre outras organizações públicas e privadas, e colhido o depoimento de um perito, o geólogo Edézio Teixeira de Carvalho, sobre os riscos do impacto de ruídos e vibrações no patrimônio histórico cultural e na estrutura geológica de Ouro Preto. Além dessas medidas preliminares, deferiu-se a juntada aos autos de estudos científicos realizados sobre o objeto em discussão, conforme requerido pelo ente ministerial.

Após essa fase, em análise ao pedido liminar formulado, que consistia especificamente no deferimento antecipado dos pedidos finais, o juiz da causa somente deferiu o dever do ente municipal de fiscalizar e implementar a aplicação da Lei Municipal de Posturas, por decorrer expressamente da lei a sua obrigatoriedade.

Cumpre asseverar que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais definiu os pedidos em face da municipalidade, pela condenação do ente municipal na obrigação de realizar Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), na proibição da realização de festas e eventos no Centro Histórico de Ouro Preto e do tráfego de veículos pesados até a realização do referido estudo e na aplicação e fiscalização da Lei Municipal de Posturas (Lei n°178/80).

Em análise a esses pedidos, liminarmente, o juiz asseverou, que a proibição do tráfego de veículos pesados, como ônibus e caminhões, bem como da realização de eventos no Centro Histórico da cidade até a realização do estudo de impacto, não se revestia de perigo

de dano eminente, sendo que tais medidas seriam extremamente drásticas e poderiam trazer prejuízos à comunidade. Assim, indeferiu nessa parte o pedido liminar.

Importante salientar que todo o processo se desenvolveu sob a matriz processual coletiva clássica, observando o procedimento tradicionalmente desenhado. Porém, determinados pontos do processo, como já salientado, chamam a atenção por fugirem completamente à "normalidade" e por revelarem outra mentalidade.

Atentando-se à importância histórica da cidade de Ouro Preto e à complexidade do caso, foi anexado aos autos o "Estudo de Transportes Urbanos de Ouro Preto", datado de 1983, realizado pelo Ministério dos Transportes, em parceria com a Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes e a Empresa Brasileira dos Transportes Urbanos, extremamente complexo e que faz um diagnóstico da situação, do histórico, dos custos e das medidas que poderiam ser implementadas.

Este estudo, realizado por um terceiro especializado, um *special master*, evidencia as diferenças no tratamento desse conflito e a atenção especial à necessidade de modificar a estrutura municipal para a resolução do litígio. Mesmo não servindo de base direta para a prolação da sentença, o diagnóstico realizado foi importante para a implementação, na fase de cumprimento de sentença, de medidas pelas partes, as quais redundaram em uma verdadeira reforma estrutural do trânsito e da formam de realização de eventos de grande porte na cidade histórica de Ouro Preto.

Foram acostados aos autos, ainda, uma pesquisa sociopolítica realizada no município de Ouro Preto e um abaixo-assinado da comunidade ouro-pretana em relação a alguns incidentes denunciados, tais como, o descumprimento de normas de silêncio e a realização de atividades festivas, evidenciando a tentativa de promover a participação da comunidade.

É possível observar que durante a tramitação do processo a participação da comunidade, de órgãos especializados e de terceiros técnicos foi estimulada, sendo que a sentença prolatada, associada à formalização de diversos acordos entre ente municipal e o Ministério Público, transformou este processo em um caso de enorme sucesso.

Após o decurso de um ano, aproximadamente, a ação civil pública foi sentenciada, julgando-se parcialmente procedente os pedidos iniciais. De forma inovadora e quebrando a correlação entre os pedidos e a sentença, o juiz determinou ao ente municipal o cumprimento de determinadas medidas, especificando alguns locais dentro do Centro Histórico nos quais a implementação da decisão deveria ser observada.

Até que estejam delimitadas as reais condições de segurança às pessoas e ao patrimônio, o ente municipal deveria se abster de promover ou autorizar a realização de eventos e a instalação de sons mecânicos nas ruas e praças do Centro Histórico[287]. Além disso, o ente municipal deveria, durante a realização do Carnaval, deixar livre, pelo menos, dois acessos ao hospital municipal, bem como fazer cumprir a Lei Municipal de Posturas e o acordo firmado com o Ministério Público de Minas Gerais para o tráfego de veículos e se abster de emitir alvarás de funcionamento de comércios que sejam incompatíveis com a legislação.

Prolatada a sentença, bem específica e com a delimitação das medidas que deveriam ser implementadas pelo ente municipal, esta foi objeto de Recurso de Apelação. Após o julgamento do recurso e da realização do reexame necessário, a sentença foi confirmada pelo tribunal *ad quem* em sua totalidade, sendo acrescentada à condenação a proibição de o ente municipal permitir o tráfego de veículos pesados no Centro Histórico de Ouro Preto, com fundamentação no Estudo de Transportes Urbanos de Ouro Preto.

O processo não passou por uma fase específica de cumprimento de sentença, sendo que a decisão foi espontaneamente cumprida pela municipalidade, que comprovou nos autos a implementação de diversas medidas e a elaboração de uma extensiva legislação protetiva em 2007, após provocação do ente ministerial.

Alguns pontos podem exemplificar o sucesso que o processo alcançou, não tendo sido, sequer, necessária a efetivação de qualquer medida executiva por parte do ente ministerial.

Primeiramente, há que se asseverar que o município de Ouro Preto criou toda uma legislação específica, bem como modificou toda a estrutura de sinalização e controle do tráfego dentro do Centro Histórico da cidade de Ouro Preto, proibindo o tráfego de veículos pesados. Pode-se citar, por exemplo, o Decreto n° 36/2006, que estabelece a proibição a circulação de veículos com medidas superiores a oito metros de comprimento, três metros de altura, dois metros e meio de largura e peso superior a seis toneladas no Centro Histórico

Outrossim, o ente municipal estabeleceu a criação, por meio da Lei Municipal n° 160/2003, do Departamento Municipal de Transporte e Trânsito de Ouro Preto, a Ourotran; intensificou o cumprimento da legislação municipal atinente à fiscalização de violações do Código de Postura, conforme a Lei n° 178/80; e reformulou a estrutura de montagem dos sons mecânicos nos eventos festivos, como o Carnaval, com o estabelecimento de diversos

[287] A exemplo do que ocorre na Praça Tiradentes e nas ruas Paraná e São José, entre outras.

procedimentos de controle de segurança e a liberação de trânsito para o hospital e a Unidade de Pronto Atendimento da cidade, entre outras questões de extrema relevância para o desenvolvimento da cidade de Ouro Preto e a convivência harmoniosa dos cidadãos e turistas, especialmente durante períodos festivos.

Por fim, cumpre asseverar que, em cumprimento à determinação judicial, o ente municipal realizou, em parceria com a Fundação Gorceix, estudos de impacto, consistentes no Relatório das Medições de Ruídos e Vibrações junto às Edificações Históricas de Ouro Preto (realizado em 2005) e no Relatório das Medições de Vibrações nas Repúblicas Estudantis do Centro Histórico de Ouro Preto (realizado em 2009), que condicionaram a realização de toda a legislação e de toda a modificação da estrutura administrativa quanto ao tratamento das questões objeto do Processo n° 0461.00.000019-4.

Salta aos olhos que o referido processo, datado de 2000 e sentenciado em 2002, ou seja, há mais de quinze anos, já apresentava, em grande medida, algumas características marcantes dos litígios estruturais, mesmo que estes fossem totalmente incipientes no Direito brasileiro. Ademais, observa-se que a participação da comunidade científica, de órgãos públicos e da população, em especial a residente no Centro Histórico de Ouro Preto, foi ampliada por meios processuais adjacentes.

O que se pretendeu demonstrar é que, mesmo diante de outra realidade temporal e processual, o Poder Judiciário, em conjunto com os demais setores da sociedade civil e o Poder Público, *lato sensu*, já tratava da temática ligada às políticas públicas em litígios altamente complexos. Mesmo inexistindo qualquer legislação específica e partindo de mecanismos processuais típicos do processo coletivo, os sujeitos processuais, principalmente as partes, após a provocação do Poder Judiciário, realizaram ampla reforma estrutural no trânsito e na maneira de realização de grandes eventos no Centro Histórico de Ouro Preto/MG.

6. Considerações Finais

Esta dissertação teve como preocupação central explicitar a relação entre o Poder Judiciário e os litígios de estruturais, bem como a forma como estes se delineiam e são tratados. Estes litígios complexos, mutáveis, polimorfos e que apresentam uma realidade fática diferente do comumente apreendido no Direito brasileiro, terminam por demandar uma nova metodologia processual, apta a responder aos anseios da sociedade e a promover a tutela adequada e efetiva dos direitos.

Pensar uma teoria do processo estrutural, mesmo que de forma incipiente, foi um grande desafio, considerando que parte-se de uma teoria norte-americana, com alguns correspondentes legislativos no Direito brasileiro, e de uma realidade totalmente diversa. Como visto, o Direito brasileiro tem peculiaridades que não se adaptam a um processo de feição estrutural, como a prevalência de um modelo bipolar de processo, da rigidez procedimental e do déficit de participação dos titulares do direito material violado, entre outros. Essa realidade tenderá a mudar em razão dos estímulos promovidos pelo CPC/2015, que intencionam pela maior participação dos jurisdicionados e flexibilização do procedimento, inclusive para melhor adapta-lo às necessidades do caso concreto. Mas essa transformação depende não apenas de uma alteração legislativa; depende, sobretudo, de uma predisposição dos envolvidos, de uma mudança cultural.

Esses problemas que inspiraram a pesquisa também promovem o delineamento de todo um sistema processual compatível com a realidade brasileira e o tratamento de litígios estruturais. No Direito brasileiro, em especial, com os avanços no desenvolvimento do processo coletivo, iniciados com grande força por mestres como Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira, nas décadas de 1970 e 1980, e a CRB/88, se acabou por clarear um caminho a ser traçado, que necessariamente passará pela junção entre o processo estrutural e a tutela jurisdicional já delineada nestes marcos legislativos.

A proposição aqui defendida não tem o condão de desnaturar o processo civil já desenvolvido no Direito brasileiro ou criar algo do "zero", o que é praticamente impossível, mas, sim, revisitar essa sistemática processual, para torná-la mais adequada e efetiva, especialmente no tratamento de litígios complexos e daqueles que demandam reforma na estrutura burocrática de entidades e organizações, para evitar violações de direitos.

Não se podem enfrentar os problemas de forma compartimentalizada, como normalmente se faz, sem desenvolver instrumentos necessários para transformar o Poder Judiciário em mais um *locus* de diálogo e de discussão sobre políticas públicas, por exemplo. As mudanças não são simples e dificilmente serão implementadas sem resistência, mas o importante é tentar estruturar essas reformulações e evidenciar que o caminho pode ser longo, mas, os resultados muito proveitosos.

Analisar os pressupostos e os fundamentos do processo estrutural e revisitar os institutos do pedido e da participação são algumas das proposições com o objetivo de viabilizar a melhor tutela jurisdicional aos novos direitos e aos novos sujeitos. Está-se em uma nova era, em que o Poder Judiciário ganhou grande visibilidade no cenário jurídico nacional. O processo estrutural trará ao Poder Judiciário ainda mais visibilidade, em especial,

na defesa de um modelo democrático constitucional de processo, no qual o juiz é um dos responsáveis pelo diálogo, pela tentativa de formação de consenso, possuindo um papel mais ativo dentro da estrutura processual.

A passagem colocada no epílogo desta dissertação ilustra bem o que nos espera. A grande dificuldade de tornar uma teoria praticável e palpável. Esse é o grande desafio, sendo que o estudo, na ótica do pedido e da participação, de casos relevantes na região dos Inconfidentes, o de Mariana, o da Santa Casa de Ouro Preto e o do Carnaval, tem por condão demonstrar as potencialidades do processo estrutural, mesmo diante de uma realidade processual bem diferente.

Para tudo isso, será, sim, necessário mudar a compreensão que se tem do processo e do que se tem de atuação do Poder Judiciário, das partes e dos titulares do direito material violado. É preciso dar o primeiro passo, reconhecer a fragilidade e os problemas do Poder Judiciário e do processo e partir de novas técnicas e teorias, que devem ser ou continuar sendo experimentadas (testadas), para se modificar a realidade.

A regra, aqui – se houver alguma –, não é a da rigidez, mas a da flexibilidade, aliada à criatividade. Mudanças sempre são sentidas, rechaçadas e extremamente perigosas, mas somente tentando e se discutindo é que se poderá chegar a algum lugar. Espera-se que esta pesquisa possa ser uma das centelhas a despertar o desejo por algo novo, por um novo processo e por uma nova forma de se fazer o Direito.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. Manual de processo civil: processo de conhecimento. Vol. 2. 9ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 2, 2015, p. 211-229.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo.* Vol. 225, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; MATOS, Amanda Melillo de. Amici curiae e audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: Uma análise da participação de grupos minoritários à luz da concepção deliberativa de democracia. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 76-100. ISBN 978-85-450-0196-6. Disponível em: < http://www.bidforum.com.br>.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Vol. 5, n° 1. Universidade do Estudo do Rio de Janeiro, 2012, p. 25-26.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BENEDUZI, Renato Resende. Teoria Geral do Litígio. *In* O novo processo civil brasileiro: Temas relevantes - Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux: volume 11. 1ª Ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

BERGALLO, Paola. Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, 2005

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo Judicial y Participación en la Construcción de lãs Políticas Públicas. Civil Procedure Review, Vol.1, n°.3, p. 46-74, sep/dec, 2010.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONE, Robert G. The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions. The George Washington Law Review. Vol. 79. 2011.

BRANDÃO, Paulo de Tarso (2000). A tutela judicial dos "novos" direitos: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania (Tese de Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, p. 124.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições. PL 8.058/2014. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758. Acesso em: 22 de agosto 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições. PL 5.139/2009. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485. Acesso em: 22 de agosto de 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. O "modelo constitucional do direito processual civil": um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *In* JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de. LAUAR, Maira Terra (coord.). Processo civil – Novas tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. Revista de Processo, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista de Direito do Estado*. Vol. 2, p. 199-214. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CABRAL, Antônio do Passo. El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Vol.16, año 14. 2010, p. 261-278. Disponível em: <https://www.academia.edu/3674227/El_principio_del_contradictorio_como_derecho_de_influencia_y_deber_de_debate>. Acesso em 23 abr. 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. ZANETI, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *Claims Resolutions Facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de Processo. Vol. 287, jan 2019, p. 445/483.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 20 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabrid, 1988.

CARDUCCI, Pablo S. Puede influirse em política pública a través de processos judiciales? El rol del juez em el litigio de reforma estructural. *In* REGUEIRA, Enrique M. Alonso *et al*. El Control de la Actividad Estatal. Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Vol. 88. dez/2003.

CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law litigation*, 89 Harv. L. em. 1281 (1976). Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic publicaem en Revista de Processo nº 268, junho 2017

CHUEIRI, Vera Karam. GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. Revista de Direito GV. São Paulo, jan-jun 2010.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. *Revista de Informação Legislativa*. V. 55, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243>.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. The Yale Law Journal, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982.

FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho.; NUNES, Leonardo Silva. O tratamento adequado dos conflitos de interesse público no direito brasileiro. *Revista de Interés Público*. Año 1, n.2, 2017.

FERRARO, Marcella Pereira (2015). Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Brasil.

FISS, Owen. ADR – Second Class Justice. Connecticut Law Tribune. Vol. 12, n° 11, march 17, 1986.

FISS, Owen. Two Models of Adjudication. *In*: GOLDWIN, Robert A. SCHAMBRA, William. How Does The Constitution Secure Rights?. Aei Press, 1985.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978.

GALANTER, Marc. Acess to justice in world of expanding social capability, 37 Fordham Urban Law Journal, 2010, p. 115-128.

GLAZER, Nathan. Towards an imperial judiciary?. *The Public Interest*, n. 41, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. Revista de Processo, Vol. 14, 1979.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 16ª Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

HORTA, André; NUNES, Dierle; aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. *In*: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no NCPC. Coleção Novo CPC e novos temas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. Harvard International Law Journal, v. 53, n. 1, 2012, p. 449.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. Repercussões do novo CPC – processo coletivo. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. Vol. I. 2ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2ª ed, rev. e atul. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 2, n. 1, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo:* meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos". Revista de Processo, Vol. 28, 1982.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 16ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

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

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo: volume único*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. Revista de Processo. vol. 265/201, p. 107-150, mar/2017.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. 1ª ed., 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (*et al*.) (org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Leonardo Silva. Cota, Samuel Paiva. FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos Litígios aos Processos Estruturais: pressupostos e fundamentos. *In* Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

NUNES, Leonardo Silva. *Mandado de Segurança Coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

NUNES, Leonardo Silva. THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. Repercussões do Código de Processo Civil de 2015 no Processo Coletivo. *In*: Processo Civil Brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015. Coord. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997.

PARKIN, Jason. Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation. Vanderbilt Law Review, n. 70.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N. 2, 2014.

PUGA, Mariela. La Cuestión Terminológica: Litigio estratégico, de impacto, complejo, de interés público, estructural… Libro de Ponencias del III Congreso Internacional y VI Jornadas de Administración y Justicia de la CABA.

PUGA, Mariela. Litigio estructural. Tesis doctoral. Faculdad de Derecho de la Universidade de Buenos Aires. Registro em la DNDA: 12/06/2013.

SABEL, Charles F.. SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: el triunfo del litigio de interés público. Traducción al español de María Emilia Mamberti publicada en *Revista de Interés Público*. V. 2, 2017.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo (coord.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANDERS, Frank. The Pound Conference: *Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul: West Pub., 1979.

SCHLANGER, Margo. Beyond the Hero Judge: institucional reform litigation as litigation. *In*: Review of Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons, by M. M. Feeley and E. L. Rubin, co-authors. Mich. L. Rev. 97, no. 6 (1999).

SHARP, Naomi. Wrongful System Rights Violations and the Potential of Court-Sponsored Structural Reform. 1999. 208p (Mestrado). Universidade McGill, Montreal, Canadá.

STRECK, Lenio; DELFINO, Lúcio (et al). A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. Consultor Jurídico, 23.12.2014.

STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?. Conjur. 25 de agosto de 2016. p. 4. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016ago25/sensoincomuminterpretarart139ivcpccartabranca-arbitrio.

STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Pressupostos Processuais e Nulidades no Novo Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol.1. 57ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Public interest litigation and co-participative judicial enforcement of public policies. *Civil Procedure Review*, v. 5, p. 20-58, 2014. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=92&embedded=true>.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2016).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* Procedimentos Especiais. 50ª Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2016, vol. II.

VERBIC, Francisco (2013). Ejecucion de sentencias en litigios de reforma estructural: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, Argentina. Disponível em: < https://www.academia.edu/33441612/Ejecuci%C3%B3n_de_sentencia_en_litigios_de_reforma_estructural._Dificultades_pol%C3%ADticas_y_procedimentales_que_inciden_sobre_la_eficacia_de_estas_decisiones>. Acesso em: 8 mai. 2018.

VERBIC, Francisco. El caso "Mendoza" y la implementación de la sentencia colectiva. Jurisprudencia anotada. Corte Sup., 8/7/2008 - Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros. JA 2008-IV-336 - SJA 29/10/2008. Disponível em https://www.academia.edu/3715762/El_caso_Mendoza_y_la_implementaci%C3%B3n_de_la_sentencia_colectiva

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. *UCLA Law Review*, vol. 25, p. 258, 1977.

WATANABE, Kazuo (*et al)* (ortg.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. Revista de Processo, Vol. 34, 1984.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto / GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al.* 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

WEAVER, Russell L. The Rise and Decline of Structural Remedies. San Diego Law Rev. Vol. 41. 2004. p. 1617-1631.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos "Novos" Direitos. In: (orgs). Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 137-138. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZEBULUM, José Carlos. O julgamento do caso da fosfoetanolamina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federa Revista de Direito Sanitário, São Paulo v.17 n.3, p. 212-223, nov. 2016./fev. 2017