

UMA PROPOSTA PARA O ACESSO IGUALITÁRIO À JUSTIÇA: PROCESSOS ESTRUTURAIS ENQUANTO CAMINHO PARA A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A PROPOSAL FOR EQUAL ACCESS TO JUSTICE:
STRUCTURAL PROCESSES AS THE PATH TO JUDICIAL
PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND
CONTROL OF PUBLIC POLICIES

UNA PROPUESTA PARA EL ACCESO IGUALITARIO
A LA JUSTICIA: LOS PROCESOS ESTRUCTURALES
COMO RUTA PARA LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL CONTROL DE LAS
POLÍTICAS PÚBLICAS

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Controle jurisdicional de políticas públicas em democracias constitucionais e expansão do Poder Judiciário; 3. Processos estruturais; 4. Policentria; 5. Ações pseudoindividuais x casos estruturais: acesso à justiça para quem?; 6. Críticas à função judicante nos processos estruturais; 7. Resultados no processo estrutural; 8. Conclusão; Referências.

RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo averiguar como os processos estruturais podem auxiliar no desenvolvimento de um acesso à justiça mais isonômico

Como citar este artigo:

FRANÇA, Eduarda,
NÓBREGA,
Flavianne. Uma
proposta para o acesso
igualitário à justiça:
processos estruturais
enquanto caminho
para a proteção
judicial dos direitos
fundamentais e
controle de políticas
públicas. Argumenta
Journal Law,
Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 37, 2022,
p. 87-116

Data da submissão:
27/05/2021

Data da aprovação:
15/06/2022

1. Universidade Federal
de Pernambuco - Brasil
2. Universidade Federal
de Pernambuco - Brasil

e na proteção eficaz de direitos fundamentais. O trabalho utilizou o método dedutivo e foi dividido em seis partes, nas quais foram exploradas questões cruciais ao desenvolvimento de seu objetivo geral. Conclui-se que os processos estruturais são a alternativa mais adequada ao enfrentamento judicial de litígios estruturais, pois possuem caráter prospectivo, contínuo e maleável, tendo seu enfoque adjudicatório deslocado da reparação de uma determinada violação do direito para a reestruturação do estado de coisas transgressivo.

ABSTRACT:

This article aims to investigate how structural processes can help in the development of a more equal access to justice and in the effective protection of fundamental rights. The work used the deductive method and was divided in six parts, in which crucial issues were explored for the development of its general objective. It is concluded that structural processes are the most appropriate alternative to the judicial confrontation of structural disputes, as they have a prospective, continuous and malleable character, with their adjudicative focus shifted from the repair of a certain violation of the law to the restructuring of the transgressive state of affairs.

RESUMEN:

El presente artículo tiene como objetivo investigar cómo los procesos estructurales pueden ayudar en el desarrollo de un acceso a la justicia más equitativo y en la protección efectiva de los derechos fundamentales. El trabajo utilizó el método deductivo y se dividió en seis partes, en las que se exploraron temas cruciales para el desarrollo de su objetivo general. Se concluye que los procesos estructurales son la alternativa más adecuada al enfrentamiento judicial de los conflictos estructurales, ya que tienen un carácter prospectivo, continuo y maleable, con su foco adjudicativo desplazado de la reparación de una determinada violación del derecho para la reestructuración del estado de cosas transgresor.

PALAVRAS-CHAVE:

Acesso à Justiça; Direitos Fundamentais; Processos Estruturais.

KEYWORDS:

Access to Justice; Fundamental Rights; Structural Processes.

PALABRAS CLAVE:

Acceso a la Justicia; Derechos Fundamentales; Procesos Estructurales.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sociais, previstos na Constituição brasileira de 1988, correspondem diretamente a obrigações prestacionais do Estado e, segundo o texto constitucional, têm eficácia imediata. A fruição adequada dos direitos à saúde, à educação e à moradia, por exemplo, depende da organização do Estado, que implementa políticas públicas (igualitárias e universais por natureza) por meio da função legislativa (leis) e da função administrativa (planejamento e ações de implementação) (GRINOVER, 2018, p.424).

Ocorre que, não raramente, os poderes políticos são omissos e permanecem inertes ou executam políticas públicas de forma inadequada ou insuficiente para a proteção desses direitos. Nessas ocasiões, ou seja, sempre *A posteriori*, também não é raro que o Poder Judiciário seja provocado, realizando o controle de constitucionalidade da política pública ou até mesmo intervindo para implementá-la ou corrigi-la.

Para tal finalidade, o ordenamento jurídico brasileiro prevê instrumentos processuais constitucionais adequados. Todavia, como o controle de constitucionalidade no país não ocorre somente pela forma concentrada, mas também pela difusa, cabe à justiça de primeiro grau (ordinária) exercer o controle de políticas públicas de modo dialógico e cooperativo, implementando-as ou ajustando-as por intermédio de ações coletivas, as quais, por sua própria natureza, deveriam ser igualitárias.

Parte da doutrina, porém, vem entendendo que as ações coletivas ainda têm escopos muito duais, não conseguindo se apartar tanto da ideia de um processo “bipolar” (tal qual o processo individual tradicional), por mais que, em tese, seu propósito seja o de beneficiar a coletividade¹.

Nesse sentido, vem sendo discutida a possibilidade de que problemas policêntricos levados ao Poder Judiciário, cujo assunto envolva diretamente o ajuste ou a implementação de políticas públicas, sejam resolvi-

dos por meio de processos estruturais.

Esses processos possuem um escopo mais amplo do que o de simplesmente reparar um ilícito episódico do passado; uma causa de pedir mais complexa e dinâmica, ao contrário de um pedido líquido e certo; e uma resolução cujos efeitos, na grande maioria das vezes, só poderão ser percebidos em longo prazo. Apesar disso, processos estruturais têm o potencial de produzir resultados mais igualitários e duradouros, além de buscarem solucionar a fonte do problema que fomenta um determinado estado de coisas violador de direitos, ao invés de combaterem somente as consequências deles provenientes. Ademais, por viabilizarem um ambiente processual mais dialógico e participativo, parecem ser ideais para o tratamento de demandas que, naturalmente, exigem a adoção de medidas flexíveis e experimentais, como é o caso das políticas públicas.

Assim, o presente artigo busca analisar como os processos estruturais podem auxiliar no desenvolvimento de um acesso à justiça mais isonômico, bem como promover, de forma mais eficaz, a proteção de direitos fundamentais. Utiliza, para tanto, o método dedutivo e é amparado, ademais, por pesquisa de cunho bibliográfico-documental. Quanto à estrutura, o trabalho está dividido em seis partes, nas quais são exploradas, respectivamente: a) o controle jurisdicional de políticas públicas em democracias constitucionais e a expansão do Poder Judiciário a partir da segunda metade do Século XX; b) o conceito e os desdobramentos dos processos estruturais; c) a ideia de policentria e sua importância para a compreensão de litígios estruturais; d) o problema da proposição de ações pseudoindividuais; e) as críticas direcionadas à função judicante nos processos estruturais; f) quais os resultados que devem ser esperados de um processo estrutural.

Espera-se, ao final do texto, trazer algumas reflexões importantes sobre a necessidade de se pensar em um processo civil dialógico e coparticipativo, iniciando esse exercício por meio dos processos estruturais.

2. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS E EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A temática do controle jurisdicional de políticas públicas, seja por meio das ações do controle de constitucionalidade, das ações coletivas

ou mesmo se valendo de um processo estrutural, não é pacífica. Um dos principais argumentos levantados para repreender tal controle é a teoria da separação dos poderes. Isso porque, ao decidirem questões que fogem de sua área de *expertise* ou de sua usual função judicante, os magistrados estariam adentrando em questões que dizem respeito diretamente à função das instâncias políticas.

Para analisar essa crítica de modo objetivo, é preciso compreender o propósito inicial da teoria da separação dos poderes. Ao mencionar a necessidade de divisão entre as funções estatais, Montesquieu condicionou a liberdade à separação entre funções do Estado, uma vez que a reunião de poderes nas mãos de um indivíduo só permitiria o surgimento de leis tirânicas e igualmente exequíveis de forma tirânica.

Ada Pellegrini (2018, p. 424) destaca que a teoria foi consagrada em um momento histórico determinado (o liberalismo), em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera de liberdade individual. Era, portanto, o momento da primeira geração de direitos fundamentais: as liberdades negativas, em que o Estado só tinha o dever de “não interferência” para que o cidadão fosse livre para fruir de sua liberdade. A preocupação do constitucionalismo liberal, portanto, era a de proteger o indivíduo da ingerência do Estado.

O juiz, na teoria clássica da separação de poderes, era considerado “*la bouche de la loi*”, ou seja, “a boca da lei”.

Ocorre que, já em 1891, os Estados Unidos da América introduziram em seu sistema o *judicial review*, a partir do controle de constitucionalidade inaugurado pelo *justice Marshall* no caso paradigmático de *Marbury v. Madison*, em que se entendeu pela supremacia da Constituição norte-americana em relação à lei (GRINOVER, 2018, p.425).

Com o passar dos anos, o enfoque no juiz “boca da lei” foi sendo modificado. A grande virada, no entanto, ocorreu na transição do Estado Liberal para o Estado Social, que promoveu uma alteração na concepção do Estado e suas finalidades. Buscou-se, no Estado Social, satisfazer os direitos fundamentais e garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social (GRINOVER, 2018, p. 425), de modo que o Estado passou não só a ter a obrigação de tratar os cidadãos de maneira igual perante a lei, mas também o dever de assegurar a justiça substantiva (VIEIRA, 2007, p.31).

Surge, dessa forma, a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos e sociais –, que impõe ao Estado um dever de *dare, facere, praestare* por intermédio de uma atuação positiva, opondo-se à simples ideia de “abstenção” inicialmente atrelada aos direitos de primeira geração. Nessa linha, a função do Poder Judiciário também foi ampliada, uma vez que os tribunais passaram a ser enxergados como verdadeiros garantes da Constituição.

Durante as três últimas décadas, três grandes ondas de (re)democratização ocorreram ao redor do mundo, quais sejam: no Sul da Europa, no final da década de 1970; na América Latina, na década de 1980; e no centro e leste da Europa, no início dos anos 1990. Estes movimentos trouxeram consigo a expansão do Poder Judiciário na maioria dessas novas democracias, principalmente por meio da constitucionalização de direitos e do estabelecimento de judiciários relativamente autônomos e cortes supremas investidas de competências para revisão judicial, de modo que a existência de um Poder Judiciário independente e ativo pareceu ser uma condição necessária para a proliferação da democracia durante a segunda metade do século XX, e um inevitável subproduto seu (HIRSCHL, 2020, p.76).

Desse modo, tribunais tornaram-se locais importantes para lidar com as controvérsias políticas fundamentais das sociedades democráticas, sobretudo diante da noção de que a democracia envolve mais do que a mera adesão ao princípio da regra da maioria, consolidada, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial (HIRSCHL, 2020, p.31). Assim, numa democracia constitucional, passou a vigorar o entendimento de que minorias contam com proteção legal em forma de uma constituição escrita, a qual nem mesmo uma assembleia democraticamente eleita pode modificar e a revisão judicial deve proteger.

Essa tendência global, junto à “Juristocracia” é, segundo Hirschl (2020, p. 30), um dos acontecimentos mais significativos em matéria de governo do final do século XX e início do século XXI. Baseando-se no estudo dos tribunais superiores da África do Sul, Canadá, Israel e Nova Zelândia (e estendendo essa percepção à realidade de outros países), o autor argumenta que a judicialização da política alcançou níveis sem precedentes, de modo que os tribunais superiores desses países passaram a ser chamados, com crescente frequência, a se pronunciar sobre uma

ampla gama de questões, que passam pela abrangência da liberdade de expressão, liberdades religiosas, privacidade e direitos reprodutivos até o princípio da separação de poderes e políticas públicas referentes à educação, à imigração, à justiça criminal, à propriedade e ao comércio, por exemplo (HIRSCHL, 2020, p. 290).

Apesar da constitucionalização do direito, de fato, ter auxiliado a expansão do Poder Judiciário, Hirschl afirma que esse crescimento exponencial da autoridade e independência dos juízes ocorreu, sobretudo, por causa do interesse de elites políticas e econômicas, ou seja, por causa daqueles que estão “(...) dispostos a pagar o preço do fortalecimento do Judiciário”, uma vez que consideram que sua “(...) posição (absoluta ou relativa) seria melhorada sob uma juristocracia” (HIRSCHL, 2020, p. 45). Assim, para o autor, esses grupos seriam capazes de determinar o cronograma, a extensão e a natureza das reformas constitucionais.

Desse modo, Hirschl sugere que a tendência global de fortalecimento do Poder Judiciário por meio da constitucionalização fez parte de um processo mais amplo pelo qual as elites políticas e econômicas, enquanto professavam apoio à democracia e ao desenvolvimento sustentado, atuaram em interesse próprio, procurando isolar a formulação de políticas dos “caprichos da política democrática” (HIRSCHL, 2020, p. 359). Poder-se-ia falar, portanto, de uma noção estratégica de fortalecimento do Poder Judiciário, capaz de oferecer um refúgio conveniente para os políticos que procurem evitar a tomada de decisões morais e políticas difíceis ou com aquelas às quais não há vencedor.

Logo, a explicação mais plausível para o fortalecimento do Poder Judiciário seria a de que os detentores de poder político, econômico e jurídico enxergariam nele a possibilidade de fazer que os seus interesses fossem atendidos. Ainda nesse sentido, vale destacar que os poderes políticos também se beneficiariam da expansão do Poder Judiciário ao delegarem competências para a elaboração de políticas públicas aos tribunais, buscando reduzir os riscos para eles próprios e para o aparato institucional dentro do qual operam, bem como para que os juízes resolvam questões que envolvem desacordos morais, ocasionando que as repercussões de decisões controvertidas não recaiam sobre os membros dos Poderes Legislativo ou Executivo.

Retomando a crítica acerca do controle jurisdicional de políticas

públicas violar, em algum grau, a teoria da separação dos poderes, vale observar, após o exposto neste tópico, que: 1) a expansão do Poder Judiciário não ocorreu simplesmente pelo fato de juízes terem assumido um novo papel, mas, sobretudo, pelo fato de que existem (e existiam) interesses políticos, econômicos e jurídicos envolvidos em seu crescimento institucional; 2) As democracias constitucionais partem de uma ideia mais ampla de democracia e, conseqüentemente, enxergam no controle de constitucionalidade uma proteção contra as vontades da maioria; 3) Muitas vezes é interessante e menos custoso, para as instâncias políticas, que questões de políticas públicas ou tópicos que ensejam desacordos morais sejam resolvidos em âmbito judicial.

Essas ideias são importantes pois permitem vislumbrar que, em cenários de bloqueios institucionais (LIMA; FRANÇA, 2019, p. 217) ou omissões políticas, o processo judicial pode funcionar enquanto estratégia de mobilização e chamar a atenção para violações de direitos fundamentais que vinham sendo invisibilizadas. Sendo assim, a ideia de separação de poderes não seria violada, *a priori*, por uma possível interferência judicial em quesitos que dizem respeito à alocação de recursos públicos. Seria necessário, tão somente, delinear os possíveis limites e possibilidades da atuação jurisdicional nos casos concretos, bem como compreender o papel da função judicante a partir de uma perspectiva dinâmica e dentro da realidade social dos países nos quais está inserida².

Nesse sentido, talvez mais interessante que discutir a (i)legitimidade das interferências judiciais no ajuste ou implementação de políticas públicas seja investigar, na prática, quais os efeitos dessa atuação na proteção dos direitos fundamentais. Isso porque, em contextos de escassez de recursos nos quais os Estados assumiram um conjunto expressivo de responsabilidades, as maiorias de cada momento terão que selecionar em que e quando irão gastar, ou seja: enfrentarão o problema de fazer escolhas alocativas sobre o orçamento público. A intervenção judicial, nessas circunstâncias, pode ser justificável na medida em que grupos marginalizados não teriam, espontaneamente, a oportunidade de verem seus interesses atendidos pelo processo político majoritário, sendo o Poder Judiciário uma alternativa capaz de conferi-los vez e voz nas lutas pela efetivação das promessas constitucionais (LIMA; FRANÇA, 2019, p. 217).

A partir dessa percepção, pode-se buscar compreender, também, se

existe a possibilidade de que, ao proteger esses direitos, os juízes criem um ambiente de cooperação entre a sociedade civil e as instâncias políticas, resolvendo problemas e desacordos por meio do diálogo e buscando, ao máximo, soluções consensuais.

A cooperação é importante não somente por contribuir para a formação de um processo judicial deliberativo, mas também porque questões que envolvem direitos sociais encerram um amálgama entre saber científico, escolhas políticas e direito. Assim, a possível interlocução entre os protagonistas de cada um desses domínios contribui para “(...) decisões mais justas, do ponto de vista substantivo e mais justificadas, do ponto de vista procedimental” (PEREIRA, 2015, p.2112).

Apresenta-se, no tópico seguinte, o que se acredita ser uma forma mais eficiente de intervenção judicial em políticas públicas: os processos estruturais. Por meio dessa nova tipologia de processo coletivo, é possível pensar em um Judiciário indutor do debate público, e não prolator de decisões substitutivas (LIMA; FRANÇA, 2019, p. 218).

3. PROCESSOS ESTRUTURAIS

A Constituição de 1988 é um documento repleto de simbologias e promessas, que buscou, em seu texto, mudar o rumo da história, na medida em que jogou luz no futuro e enunciou o compromisso de democratizar a política e construir uma sociedade justa e inclusiva (PEREIRA, 2015, p.2081).

Muitas de suas proclamações, entretanto, já não inspiram o otimismo dos primeiros anos, uma vez que seus defeitos, com o passar do tempo, tornaram-se aparentes e muitos dos seus comandos passaram a ser vistos com certa descrença. Isso ocorreu, sobretudo, pela impossibilidade prática da efetivação de determinadas matérias, dentre as quais se destaca, os direitos sociais (PEREIRA, 2015, p. 2081).

No plano jurídico-formal, a Constituição de 1988 qualificou os direitos sociais como fundamentais, contemplando-os no Capítulo II, do Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Essa escolha manifesta de modo evidente a decisão constituinte de reconhecer sua fundamentalidade. Em acréscimo, o artigo 5º, §2º, estabelece uma cláusula de abertura que possibilita identificar direitos fundamentais em outros setores do texto constitucional, hipótese na qual o critério material funcionará

como instrumento de atribuição de um *status* diferenciado aos direitos fora do catálogo. Por fim, além disso, o Brasil é signatário de convenções internacionais que reconhecem tais direitos, e a Constituição confere *status* constitucional a esses tratados (PEREIRA, 2015, p. 2095).

Os direitos sociais, em sua gênese, são conectados à igualdade em sua dimensão material, pois estão interligados às assimetrias e às vulnerabilidades sociais, bem como ao conceito de “dignidade humana”, que surgiu como síntese da ideologia dos direitos humanos na segunda metade do século XX (PEREIRA, 2015, p. 2089). Apesar disso, como exposto anteriormente, existem, na sociedade brasileira, grupos invisíveis cujos direitos fundamentais são sistematicamente negligenciados em detrimento da ação ou omissão do Estado. A mais importante missão constitucional, nesse sentido, deveria ser a de eliminar o gigantesco fosso que separa os que têm acesso aos direitos dos que não têm.

A exclusão social e econômica, decorrente de níveis extremos e duradouros de desigualdade, destrói a imparcialidade da lei, causando a invisibilidade dos extremamente pobres, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados, aos olhos dos indivíduos e das instituições (VIEIRA, 2007, p. 29).

Desse modo, o constitucionalismo brasileiro parece ter montado uma equação de difícil resolução. Enquanto no campo normativo se tem uma Carta que confere ao Estado o dever de agir intensamente para suprir as necessidades básicas das pessoas por meio das políticas públicas; no plano social, observa-se um cenário de desigualdade estrutural e multidimensional, marcada por um dos piores índices de distribuição de renda no cenário mundial (PEREIRA, 2015, p. 2082).

Ao falar sobre a temática, Neves (1996, p. 325) explica que toda Constituição possui uma dimensão simbólica, destinada a influenciar o imaginário social, consagrando valores relevantes para a sociedade, e uma dimensão instrumental, a qual intenta conformar, efetivamente, a realidade política e social subjacente. Em outras palavras, a igualdade formal proporcionada pela linguagem dos direitos não foi capaz de se converter em acesso igualitário ao Estado de Direito (VIEIRA, 2007, p. 36).

A despeito dos possíveis progressos que possam ter sido conquistados na última década, as carências e demandas são crescentes. Isso por-

que, no plano econômico, os recursos destinados a satisfazer essas carências são limitados e distribuídos de modo assimétrico. No plano político, as decisões sobre a alocação dos recursos financeiros disponíveis nem sempre são tomadas da maneira mais ajustada às prioridades estabelecidas na Constituição, uma vez que os órgãos legislativos, em geral, são responsivos às pressões por resultados imediatos e preferem agir, usualmente, de acordo com a conveniência ao invés de ter uma visão de longo prazo (BICKEL, 1962, p. 25-26).

Diante dessa situação, Jane Reis (2015, p. 2082-2083) aponta que é possível adotar uma postura otimista ou cética, uma vez que a relação entre direitos e escassez é paradoxal e pode ser apresentada em duas vertentes:

De um lado, pode-se pensar nos direitos sociais como instrumentos capazes de colaborar com uma justa distribuição de recursos e na promoção de uma vida decente. As carências sociais e a limitação de recursos, vistas por esse ângulo, podem ser compreendidas como problemas a serem solucionados com as ferramentas do Direito. Nessa ótica, portanto, pode-se enxergar o acesso à justiça como um instrumento de emancipação, que serve ao propósito de corrigir os impasses e bloqueios impostos pela burocracia e pela política ordinária.

Por outro lado, a escassez de recursos pode ser enxergada como fato inamovível, que limita as possibilidades do Direito como instrumento de efetivação da igualdade. Logo, sobretudo no que toca aos direitos sociais e econômicos, a escassez de recursos pode ser vista como um obstáculo que transforma as cartas de direitos em promessas vãs, e a judicialização dessas demandas seria um paliativo ineficaz (PEREIRA, 2015, p.2083).

Ocorre que, ao contrário do que se possa pensar, os dois enfoques mencionados não precisam ser excludentes e podem, na realidade, ser complementares. Isso porque, em verdade, são ângulos de visão do mesmo problema, de modo que:

O direito, e a judicialização de demandas por serviços públicos não podem, sozinhos, resolver a questão da desigualdade social e da irracionalidade nos gastos públicos. Entretanto, como em outros domínios, o Direito pode ter a função de corrigir assimetrias e desobstruir canais bloqueados pelo aparato burocrático (PEREIRA, 2015, p.2083).

Uma das formas pelas quais o Direito pode impactar de maneira significativa a realidade social é por meio dos processos estruturais, que podem ser compreendidos como “(...) um conjunto ordenado de atos jurídicos destinados a obter uma tutela judicial coletiva, capaz de transformar, gradualmente, um estado de coisas “A”, violador de direitos fundamentais, em um estado de coisas “B”, apto a promover os direitos que dele dependem” (FRANÇA; SERAFIM; ALBUQUERQUE, 2021, p. 7).

Os processos estruturais se inserem em uma tendência internacional de intervenção do Poder Judiciário para a concretização de direitos fundamentais prestacionais. Buscam remediar cenários de omissões do poder público, falhas sistêmicas e graves bloqueios políticos e institucionais. Por envolverem, em sua essência, o controle de políticas públicas e demandarem o uso de técnicas de decisões mais complexas e heterodoxas, desafiam as compreensões tradicionais sobre o princípio da separação dos poderes e da democracia, em especial no que toca aos limites de atuação do Poder Judiciário.

Seu foco, em tese, é sempre prospectivo, uma vez que não se destina simplesmente a resolver problemas pretéritos, que deram origem à demanda, mas sim a evitar que violações a direitos continuem a acontecer, combatendo, para tanto, a fonte do problema. Assim, o processo estrutural se afasta da lógica civil de reparação pelo dano causado, tendo em vista que pretende evitar uma lesão futura, tendo como premissa a lesão passada, o que pode parecer difícil de aceitar.

Privilegiar a reparação do dano futuro significa, muitas vezes, que indivíduos presentes têm de sofrer efeitos negativos severos, que poderiam ser evitados por ordens judiciais individuais. Nesse caso, apesar de não haver uma resposta simples ou satisfatória, o mais interessante, especialmente pensando em benefícios em longo prazo, é prestigiar a reforma estrutural. Isso porque o processo que diz respeito a direitos coletivos não deveria ser um mecanismo para criar riquezas ou privilegiar seletivamente algumas pessoas, mas sim uma forma de redistribuí-las de maneira isonômica.

Se o atendimento de um indivíduo não é possível, no presente, indica que existem diversos outros, não identificados pelo sistema judiciário, que necessitam do mesmo atendimento e, no entanto, não estão sendo assistidos. O acesso à justiça, no processo estrutural, deve ser vislumbrado

como uma ferramenta para permitir que a decisão alocativa de recursos seja mais justa, e não para cultivar a ilusão de que será possível criar, instantaneamente, algo que não existe (VITORELLI, 2020, p. 437).

Políticas públicas de saúde, moradia e educação, por exemplo, devem ser implementadas de modo gradual, uniforme e isonômico, e não a partir de demandas individuais. No caso do direito à saúde, por exemplo, isso significa que, no presente, pessoas serão privadas de tratamentos que poderiam salvar suas vidas ou, pelo menos, melhorar suas condições de sobrevivência. A incorporação futura desses tratamentos ao SUS não resolverá o problema das pessoas que, hoje, estão doentes (VITORELLI, 2020, p. 438). A verdade, ao fim e ao cabo, é que não existem respostas simples para problemas complexos. Mudanças efetivas só ocorrem quando as raízes dos problemas que precisam ser superados são atacadas.

Um litígio estrutural pode ou não ser resolvido por um processo estrutural, pois pode ser que ele seja judicialmente abordado em uma multiplicidade de ações individuais ou em ações coletivas cuja pretensão é resolver as consequências e não as causas. Nesse modelo de “quem chega primeiro ganha”, a isonomia é violada, uma vez que o acesso à justiça se transforma em um bem escasso. É preciso ter em mente, preliminarmente, que a consagração dos direitos fundamentais nas constituições implica que eles podem ser demandados em juízo. Se fosse necessário aguardar a movimentação das instâncias políticas para implementá-los, eles não seriam, de fato, direitos, tal como esse conceito é concebido presentemente no Brasil (VITORELLI, 2020, p.470). Portanto, se é inevitável que essas questões cheguem a juízo, o processo estrutural oferece as ferramentas mais apropriadas para obter resultados significativos, duradouros e igualitários.

4. POLICENTRIA

Uma das características centrais dos processos estruturais é que estes lidam com problemas (ou litígios) policêntricos.

Para explicar a ideia de policentria, grande parte dos estudiosos vêm se utilizando da obra de Lon Fuller, *The forms and limits of adjudication*. Na oportunidade, Fuller, ao abordar os limites da jurisdição, considera-a como uma forma de ordenação social, ou seja, como um modo pelo qual as relações entre homens são governadas e reguladas (FULLER, 1978, p.

357). A jurisdição, portanto, é situada ao lado de duas outras maneiras de ordenação, quais sejam: a organização por objetivos comuns e a organização por reciprocidade (FULLER, 1978, p. 363).

Fuller distingue essas formas de ordenação social pelo modo como a parte afetada participa da decisão. Assim, no contrato, a parte afetada participa da decisão por meio de uma negociação; na eleição, a participação ocorre por meio do voto; por fim, na jurisdição, a participação ocorre por intermédio da apresentação de provas e argumentos (FULLER, 1978, p. 357).

Com base nesse cenário, o autor analisa os limites da jurisdição e argumenta que estes serão extrapolados sempre que a participação da parte afetada não puder ocorrer por meio da apresentação de provas e argumentos (GALDINO, 2019, p.38).

É nesse contexto que Fuller estuda a dificuldade de intervenção judicial em litígios ditos “policêntricos”. Apesar de não apresentar um conceito analítico acerca do que seriam problemas policêntricos, permite que estes sejam compreendidos por meio de exemplos e alegorias, dentre os quais se destaca a “metáfora da teia de aranha”.

O autor iguala os problemas policêntricos a uma teia de aranha. Isso porque, numa teia, caso um dos fios seja puxado, as tensões provenientes dessa ação serão redistribuídas por toda a teia em um padrão complexo. Cada fio, assim, é um centro de distribuição de tensões (FULLER, 1978, p. 394).

Desse modo, entende-se que um problema é policêntrico quando é formado por diversos centros distintos de interesse, sendo cada um deles relacionado a todos os demais e a solução de um é dependente da solução de todos.

Processos estruturais estão intimamente ligados à resolução judicial de problemas policêntricos. Essa percepção é importante, pois o processo civil precisa levar em consideração o tipo de problema com o qual está lidando, sob pena de ser inefetivo ou mesmo de causar “efeitos colaterais” indesejáveis. Processos individuais (ou “bipolarizados”) até podem enfrentar problemas policêntricos, mas ainda que, em um caso individual, a pessoa possa ter realmente satisfeitas as suas necessidades, sob uma perspectiva macro, o problema não será solucionado (FERRARO, 2015, p. 10). Isso ocorre porque quando a única preocupação é resolver o caso

individual sem atacar as causas, que continuam existindo e implicando a violação de direitos, a solução apresentada é inefetiva de um ponto de vista holístico.

A ideia de policentria é útil para demonstrar a complexidade que os processos estruturais apresentam e a insuficiência do processo individual para tratar adequadamente litígios policêntricos. A apreciação fragmentada de problemas policêntricos pode acabar ocasionando irracionalidades e ferindo, em maior ou menor grau, o princípio da isonomia. É o que será abordado no tópico seguinte.

5. AÇÕES PSEUDOINDIVIDUAIS X CASOS ESTRUTURAIS: ACESSO À JUSTIÇA PARA QUEM?

Entende-se que uma das possíveis formas de sabotar o desenvolvimento de processos estruturais consiste na possibilidade de que ocorra uma competição entre os legitimados e a busca de resultados em ações individuais, mais ágeis, que acarretam um tipo de “fuga do processo coletivo”. A interpretação dos direitos sociais centrada apenas na dimensão individual despreza a dimensão coletiva e não permite considerar o problema em todas as suas facetas e em toda a sua complexidade, o que resulta em medidas que, ao invés de promoverem justiça social, acabam prolongando indefinidamente a imensa dívida social com a parcela mais vulnerável da população (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1848).

Isso pode ser vislumbrado, por exemplo, em casos relacionados ao direito à saúde, no qual o paciente não quer esperar por uma solução estrutural e, se tiver condições econômicas ou informação cultural suficiente, buscará assistência jurídica individual, pública ou privada, a fim de ingressar no Judiciário com sua própria causa (VITORELLI, 2020, p. 311).

Assim, essas demandas são capazes de transformar um problema grave em uma discussão singela, qual seja: “o direito à saúde pode ou não impor a prestação de um tratamento específico para um determinado indivíduo?”. Nesse caso, limita-se a lide ao aparente conflito entre o direito fundamental à saúde do indivíduo *versus* o interesse patrimonial do Estado (que se nega a custear o remédio para o autor), mascarando o real problema: a política pública de saúde como um todo (LIMA; FRANÇA, 2021, p.356).

Essa ação tem como consequência a possibilidade de esvaziar a so-

lução estrutural, na medida em que os recursos e esforços possivelmente serão drenados para atender às demandas individuais e, dessa maneira, a desestruturação que deu causa ao litígio terá espaço para se manter (VITORELLI, 2020, p. 311). O problema é o que Kazuo Watanabe (2006, p. 28-35) intitulou “demandas pseudoindividuais”.

O autor defendeu a ideia de não haver cabimento de ações individuais que pleiteiem a reparação a direitos individuais que sejam reflexo de uma lesão coletiva. Para Watanabe, em qualquer circunstância em que não se possa conceder o pedido individual sem ensejar a desigualdade vedada em lei, a pretensão deve ser resolvida apenas coletivamente, resolvendo o problema de forma sistêmica (WATANABE, 2006, p. 28-35). O problema dessa visão é que ela soa pouco compatível com a cláusula de acesso à justiça, pois, a partir da leitura do art.5º, XXXV, da Constituição, não se pode inferir que este dispositivo não contempla o direito de acesso individual à jurisdição, no caso em que o jurisdicionado pertence à sociedade envolvida em um litígio coletivo (VITORELLI, 2020, p. 313).

Uma hipótese semelhante vem sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ): a suspensão obrigatória das ações individuais, ao aguardo do julgamento da ação coletiva. Nesse sentido, Vitorelli (2020, p. 312) expõe que:

Embora o artigo 104 do CDC mencione uma suspensão facultativa, a critério do autor, o STF chegou a essa interpretação por analogia ao sistema de precedentes vinculantes: se é possível suspender compulsoriamente todos os processos, para aguarda a formação de um precedente vinculante em incidente de resolução de demandas repetitivas, recurso especial ou extraordinário repetitivos e em repercussão geral, seria possível suspender as ações individuais também para aguardar uma ação coletiva.

Ocorre, todavia, que o resultado prático dessa suspensão, para a parte, é similar à hipótese de “não cabimento da ação individual”, uma vez que ela deverá aguardar a resolução pela via coletiva. A parte não poderá se valer da solução mais rápida, que seria conferida pela ação individual, nem poderá receber algo que a coletividade também não receba, pelo menos em um primeiro momento (VITORELLI, 2020, p. 313). Vista por essa ótica, a posição do STJ pode ser o que Vitorelli (2020, p. 314) intitula “versão insincera” da tese de Watanabe³.

Seja qual for o caminho escolhido, uma coisa é certa: o problema da compatibilização entre o processo estrutural e a multiplicidade de processos individuais é extremamente complexo e tormentoso, tanto do ponto de vista jurídico quanto de uma perspectiva prática. Juridicamente, a cláusula de acesso à justiça incorpora uma ideia abrangente de acesso ao Judiciário, embora o CPC preveja e a jurisprudência aceite que processos individuais sejam suspensos em benefício da formação de um precedente que valha para todos (VITORELLI, 2020, p. 316). Pragmaticamente, a solução estrutural “pode ser frustrada pelo ajuizamento de ações individuais, mas estas são, da perspectiva exclusiva do indivíduo, o caminho mais eficiente para a tutela do seu próprio direito material” (VITORELLI, 2020, p. 317).

No campo do direito constitucional, já se defende que ações coletivas são o mecanismo mais idôneo para tutelar os direitos econômicos, sociais e culturais (BILCHITZ, 2008, p. 11). Decisões fragmentadas, que buscam atender a demandas meramente individuais, não viabilizam uma tutela adequada do direito em questão de um ponto de vista geral, incorrendo-se no risco *ad infinitum* de não se alcançar uma solução pensada à luz da complexidade do problema, mas, tão somente, a partir de uma perspectiva imediatista. Descartar a tutela coletiva em prol da individual, a fim de que o titular alcance o que é mais benéfico para ele somente em termos individuais, é esquecer que a efetivação desse direito pode afetar muitos outros indivíduos que se encontram em situação semelhante.

6. CRÍTICAS À FUNÇÃO JUDICANTE NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Algumas críticas são feitas ao papel do Poder Judiciário nos processos estruturais. Essas objeções, em geral, reproduzem as tradicionais críticas acerca do *judicial review*, quais sejam: a falta de legitimidade democrática dos juízes e a sua falta de *expertise* para tratarem de questões originariamente políticas. Em suma, as preocupações giram em torno de até que ponto o Poder Judiciário deve ir (respeitando a separação de poderes) e até que ponto ele consegue ir (sem fugir das limitações técnicas próprias de sua função).

Se essa discussão já é controversa em campos que dizem respeito meramente às liberdades individuais (envolvendo, usualmente, questões de desacordos morais), esta parece ser ainda mais complexa e polêmica no

campo do controle jurisdicional de políticas públicas. Nesse sentido, uma das facetas mais visíveis do debate são os embates acerca do “ativismo judicial”, que é utilizado, frequentemente, em argumentos que envolvem algum elemento de desvio, abuso ou excesso por parte dos atores judiciais, seja em relação ao texto legal vigente, aos métodos de interpretação e argumentação aceitos em uma determinada comunidade jurídica, a decisões anteriores que o tribunal tomou em casos similares ou mesmo às regras que separam as zonas de atuação entre os órgãos estatais (ARGUELHES et al., 2012, p. 40).

Existe, entretanto, uma ambiguidade (ou multiplicidade) no que concerne tanto ao sentido quanto à valoração desse termo. Em outras palavras: não se sabe o que significa, de forma objetiva, “ativismo judicial” e nem se ele é bom ou ruim. A expressão não apenas é utilizada de múltiplas maneiras diferentes - o que acaba por dificultar comparações e a existência de um terreno comum para o debate entre diferentes interlocutores -, como também é empregada pura e simplesmente para indicar decisões, juízes ou tribunais com os quais não se concorda (ARGUELHES et al., 2012, p. 39).

“Ativismo”, portanto, parece ser utilizado como um “clichê retórico, de conteúdo emotivo e pouco informativo” (ARGUELHES et al., 2012, p. 39), de modo que, embora nem todas as suas formas de manifestação sejam politicamente condenáveis em todo e qualquer contexto, uma decisão ou uma postura judicial considerada “ativista”, invariavelmente, supõe alguma distinção entre a função jurisdicional e comportamentos apropriados para as esferas políticas (ARGUELHES et al., 2012, p. 41). Percebe-se, desse modo, que a expressão “ativismo judicial” pode ter se tornado uma mera arma política capaz de dizer mais sobre a quem o resultado político da decisão desagrade do que sobre como a decisão foi, de fato, tomada.

Em trabalho acerca da temática, Diego Arguelhes, Fabiana Luci e Leandro Ribeiro destacam três hipóteses mais comuns de utilização da expressão na mídia brasileira. A primeira delas é “Ativismo como engajamento político e social”, que adota um enfoque majoritariamente positivo e significa um maior engajamento político por parte do Poder Judiciário em oposição a uma postura mais conservadora e tradicionalista. A segunda é “Ativismo como usurpação do poder”, que assume uma conotação negativa, pois se explora, nessa hipótese, o aspecto da falta de legitimidade

e respaldo constitucional dos juízes para decidirem questões da competência de outros Poderes e invadir decisões tomadas pelos Poderes eleitos. Por fim, a última ideia apresentada pelos autores é a de “Ativismo judicial como ocupação de vácuo de Poder”, que pode ser definido como aquele em que o Poder Judiciário ocupa um espaço político, um vácuo de poder deixado pelo Poder Legislativo (especialmente) e, também, pelo Poder Executivo (ARGUELHES et al., 2012, p. 50-60).

A melhor forma de fugir de abstrações é tentar visualizar o ativismo judicial de forma objetiva e, depois, dividi-lo em “dimensões” (CAMPOS, 2014) ou “facetadas”, para, então, classificá-las enquanto “legítimas” ou “ilegítimas”. O fato é que, ao fim e ao cabo, o ativismo judicial é um fenômeno, que não surgiu “da noite para o dia” e não depende, única e exclusivamente, da vontade dos juízes de assumirem um novo papel, mas também das necessidades da sociedade e dos interesses das instâncias políticas e das elites hegemônicas para se desenvolver.

Logo, como dito anteriormente neste artigo, o papel que o Judiciário assume em uma sociedade, bem como o desenvolvimento de fenômenos como o da “judicialização da política”, “politização da justiça” e “ativismo judicial” dependem, sobretudo, da utilização proposital do Judiciário - tanto por parte dos atores do Sistema de Justiça, quanto dos políticos e da sociedade civil - enquanto *locus* estratégico para resolução das mais diversas controvérsias sociais.

Retomando o argumento da divisão do “ativismo judicial” em facetadas ou “dimensões” para uma compreensão imparcial do fenômeno, o presente trabalho sugere que o Poder Judiciário, ao enfrentar litígios estruturais em processos estruturais, utilize-se do “ativismo dialógico”. Isso porque, diante de situações que envolvem a violação massiva e reiterada de direitos fundamentais, não parece adequado que juízes adotem posturas extremamente deferentes, mas também não é razoável que tentem proferir medidas unilaterais e solipsistas, que guardem pouca ou nenhuma relação com a real disponibilidade orçamentária do Estado.

O “ativismo dialógico” (LIMA; FRANÇA, 2019, p. 218) abre caminho para que se pense em um meio termo, sobretudo quando as demandas enfrentadas no processo judicial são estruturais. Segundo Garavito (2013, p. 18), o ativismo dialógico busca um equilíbrio entre os extremos da “juristocracia” (HIRSCHL, 2004) e da autocontenção judicial, permi-

tindo, por exemplo, que direitos sociais, econômicos e culturais sejam exigidos judicialmente, mas refutando que o Poder Judiciário imponha de forma detalhada os modos de execução pelos quais esses direitos devem ser efetivados e acabe adentrando em questões típicas da função Executiva e Legislativa do Estado, bem como reduzindo as oportunidades de debate público sobre os casos em questão.

Em relação ao ativismo dialógico, dessa maneira, não recairiam as tradicionais críticas ao *judicial review*, pois ele seria capaz de fomentar intervenções judiciais democráticas, hábeis a promover uma colaboração entre os Poderes e uma deliberação acerca de problemas que dizem respeito à coletividade (GARAVITO, 2013, p. 18). Isso ocorre porque decisões prolatadas em sentenças, nas quais um tribunal ou um juiz adota esse tipo de postura, tendem a estabelecer metas amplas e não tão específicas, respeitando a separação de poderes e abrindo espaço para que as instituições majoritárias desenhem e ponham em prática as políticas públicas. O juiz atua, desse modo, como um articulador: reconhece a existência de um estado de coisas violador de direitos; abre espaço para o debate público acerca desse; declara sua insustentabilidade e a consequente necessidade de que as instâncias majoritárias atuem em sua superação; e acompanha o desenvolvimento do caso, monitorando-o periodicamente.

É certo que o ativismo dialógico funciona enquanto um tipo ideal weberiano e, obviamente, não precisa operar exatamente como foi descrito acima. Sua importância reside, entretanto, no fato de abrir uma porta para que o Poder Judiciário, quando provocado, atue de modo que suas decisões sejam factíveis (uma vez que as vítimas terão se pronunciado acerca de suas necessidades e os atores políticos terão espaço para expressar suas dificuldades e limitações) e eficazes.

7. RESULTADOS NO PROCESSO ESTRUTURAL

No que concerne aos resultados do processo estrutural, vale dizer que a avaliação de seu (in)sucesso é relativa. Isso porque direitos sociais e econômicos, os quais estão usualmente implicados nesse tipo de processo, são satisfeitos progressivamente, sendo complexo que se possa chegar a um momento de satisfação ótima. Nesse mesmo sentido, também é difícil definir o que é satisfação, uma vez que esta admite múltiplas maneiras de ser computada. Assim, a análise dos benefícios ou malefícios de um

processo estrutural lembra o dilema do copo meio cheio ou meio vazio. Se o observador quiser destacar os sucessos, poderá fazê-lo. Se quiser enfocar os fracassos, também encontrará fundamentos (VITORELLI, 2020, p. 324).

Em políticas públicas, a solução é uma resposta que, ativamente, procura por uma pergunta, de maneira que os problemas e as soluções se formam de modo totalmente autônomo (MARCH; OLSEN, 1989, p. 12-13). Nos litígios estruturais que dizem respeito a questões de interesse público (nos quais, em geral, a existência do problema decorre da reiteração de ações ou omissões institucionais propagadas no tempo), é improvável que a solução seja encontrada a partir de um plano que traga, previamente, todas as respostas. De tal modo, será necessário trabalhar com algum grau de experimentalismo, orientado por probabilidades. Tenta-se adotar uma determinada medida e, a partir dos resultados obtidos, as providências vão sendo readequadas.

Julgar uma causa estrutural não é proferir uma decisão, mas várias microdecisões, que precisam levar em conta uma série de impactos sobre os subgrupos afetados, positiva e negativamente, pelo resultado do processo (VITORELLI, 2020, p. 353).

Um dos possíveis problemas do processo estrutural é que os juízes, em geral, estão mais inclinados a resolverem demandas “a conta-gotas” pela via estrutural, pois esta, em geral, é cara, demorada e mais complexa. É mais fácil conceder decisões que beneficiam poucas pessoas e acarretam, aparentemente, poucos gastos ao cofre público, do que decisões estruturais, que demandam do julgador o desempenho de uma atividade difícil e por um considerável período de tempo (visto que a sentença, quase nunca, encerra o processo nesses casos). Decisões minimalistas são mais fáceis do que decisões que abordam o problema como um todo (VITORELLI, 2020, p. 385), tanto por questões de exequibilidade quanto por chamarem menos atenção para uma atividade jurisdicional voltada a resolver questões que dizem respeito à alocação de recursos públicos.

Em varas sobrecarregadas, nas quais o processo estrutural precisa dividir atenção com uma série de outras causas, metas temporais de encerramento do feito, como as que vêm sendo aprovadas pelo CNJ, precisam ser flexibilizadas. O tempo da reforma estrutural dificilmente corresponderá ao tempo de um processo tradicional (VITORELLI, 2020, p. 390),

pois o que se pretende é a produção de resultados racionais relevantes, que só podem ser atingidos com o tempo.

A exigência de mais tempo, entretanto, não deve provocar a sensação de que o processo estrutural demanda algo que está além das capacidades de um juiz ou do sistema judiciário. Até porque, é improvável que um juiz esteja envolvido com mais de um (ou no máximo dois) processos estruturais ao mesmo tempo (VITORELLI, 2020, p. 390). De fato, demandas estruturais são demoradas, mas não o suficiente para inviabilizar o trabalho dos magistrados em outros casos, de modo que um processo desse tipo não exige um juiz em dedicação exclusiva, mas, tão somente, um juiz disposto a dedicar, a um único caso, mais horas do que aquelas que usualmente dedica aos demais e a buscar caminhos que podem ou não estar claros desde o início.

Nesse sentido, no que concerne aos resultados do processo estrutural, uma postura ponderada e interessante parece ser a de Gerard Rosenberg, em *The Hollow Hope: Can courts bring about change?*, 1991. O autor argumenta que seria ingênuo imaginar que o Poder Judiciário, sozinho, seria capaz de resolver problemas que estão imersos em complexas questões políticas e econômicas que outros poderes não solucionaram. Entretanto, também parece ser inegável que, em algumas circunstâncias, os tribunais foram capazes de atuar na promoção de mudanças sociais significativas.

Nesse seguimento, o autor apresenta três obstáculos que precisam ser superados a fim de que um bom resultado seja possível. O primeiro deles é a natureza vinculada e limitada da atividade jurisdicional, que parte de um discurso de direitos/deveres ou lícito/ilícito, dificultando que magistrados se envolvam na solução de diversos problemas sociais. A superação desse obstáculo demandaria a realização de reformas graduais, capazes de fixar precedentes gradativamente mais avançados sobre os quais a mudança pudesse ser construída passo a passo, sem pressupor grandes choques, que podem ocasionar que gestores se encastelem contra a reforma proposta (ROSENBERG, 1991, p. 333).

O segundo deles é a falta de independência do Poder Judiciário quando comparado aos demais Poderes, em detrimento do modo como são escolhidos os juízes dos órgãos de cúpula, da possibilidade de alterações legislativas que contraponham suas decisões e da verificação empí-

rica de que o Estado é bem-sucedido nas causas que litiga. Superar essa questão demanda constatar a existência de indícios de que alguns setores dos Poderes Executivo e Legislativo apoiam a reforma, fomentando o interesse dos juízes em realizá-la (ROSENBERG, 1991, p. 333).

O terceiro e último é a falta de controle do Poder Judiciário sobre o orçamento público ou sobre as forças coercitivas do Estado para impor suas decisões, caso seja apresentada forte oposição a elas. Esse obstáculo só pode ser superado caso exista apoio suficiente para a reforma, por parte da sociedade impactada, que seja capaz de interferir nas posições das autoridades controladoras das atividades necessárias à implementação (ROSENBERG, 1991, p. 333).

Em suma, juízes não possuem “a chave do cofre ou a espada” e, conseqüentemente, dependem de atores externos para terem suas decisões efetivadas. Se não houver concordância das instâncias majoritárias e da opinião pública, em geral, uma decisão judicial pode se tornar meramente simbólica e provocar poucos (ou nenhum) efeitos práticos. E é justamente por essa razão que Hirschl (2004, p. 261) destaca que as decisões judiciais, bem como sua eficácia e conseqüente potencial para provocar mudanças sociais significativas precisam ser aferidas por um período relativamente longo de tempo.

É ingênuo imaginar que o Judiciário, sozinho, seja capaz de resolver problemas políticos e econômicos que os outros poderes não solucionaram. Os casos práticos de processos estruturais demonstram que estes só são bem-sucedidos quando conseguem angariar o apoio dos demais poderes e da sociedade civil. A formulação de políticas públicas nas democracias atuais, portanto, demandam diálogos institucionais contínuos e o envolvimento permanente de todos os poderes do Estado, não sendo possível que decisões judiciais transformem “da noite para o dia” décadas de omissões do poder público.

8. CONCLUSÃO

Após o período da Segunda Guerra Mundial, transformações históricas e sociais repercutiram diretamente nas esferas jurídica e política, principalmente, com o fenômeno da constitucionalização dos direitos em sociedades ocidentais, em oposição aos períodos autoritários que existiram durante o século XX. O referido fenômeno levou à previsão consti-

tucional de diversos direitos sociais, econômicos e culturais – que foram alavancados à condição de direitos fundamentais – interferindo diretamente na atuação do Estado, que passou a exercer a função de garantidor.

O Direito brasileiro também passou por essas transformações, sobretudo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, em seus mais de 30 anos de vigência, ensejou diversas mudanças do ponto de vista normativo-estrutural.

A Constituição, enquanto centro do ordenamento jurídico, modificou a forma como os dispositivos constitucionais passaram a ser tratados pelo Poder Judiciário e pelos jurisdicionados. Essa nova realidade refletiu diretamente em outros ramos do direito, como o processual, e na redefinição do papel das instituições como um todo.

A teoria do direito processual passou a estar diretamente vinculada à Constituição Federal de 1988, da qual extraiu as bases para o seu desenvolvimento, criando um modelo constitucional democrático de processo (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 32-33).

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC), nesse sentido, trouxe o capítulo 1, denominado “Das normas fundamentais do processo civil”, dos artigos 1º ao 12º⁴. Esses 12 dispositivos reforçam o caráter constitucional do CPC e a conseqüente necessidade de observância dos ditames constitucionais na via processual. Entre esses, podem ser citados: o contraditório; a ampla defesa; a cooperação processual entre os sujeitos processuais; a consagração de um modelo multiportas para a solução dos conflitos; a duração razoável do processo; a primazia da solução integral de mérito, entre outros. Percebe-se que o intuito foi o de fugir das amarras oitocentistas e do formalismo do CPC/1973, bem como mudar a relação entre os sujeitos processuais, modificando a estrutura e o modelo de aplicação do processo civil brasileiro.

A relação jurídica processual atual, portanto, não pode ser vista simplesmente como uma relação na qual o julgador implementa sua posição de superioridade, de modo a relegar o debate processual a segundo plano. Os sujeitos processuais, de modo diverso, devem atuar em cooperação e por meio de uma perspectiva democrática, participando e influenciando na formação do provimento jurisdicional.

A participação dos sujeitos processuais na formação do provimento jurisdicional é uma das características principais do processo constitu-

cional democrático e perpassa, dessa forma, seu aspecto coparticipativo.

Apesar da constitucionalização do processo civil no Brasil, um dos maiores problemas observados nas tentativas de tratar os litígios estruturais – que são complexos, policêntricos e envolvem, na grande maioria das vezes, o ajuste ou a implementação de uma determinada política pública – é que a matriz processual é predominantemente individual.

Os conflitos, em geral, desenvolvem-se entre “A” e “B”, que possuem posições jurídicas completamente distintas e bem definidas. O autor postula um pleito em face do réu que, de forma passiva, simplesmente resiste, em um modelo individualista de processo, que tem por objetivo a resolução da disputa por um terceiro imparcial e distante das partes.

O modelo tradicional de processo civil, também chamado de “bipolar”, tem características marcantes, como o foco no ato ilícito cometido pela parte, sendo bem delineada a posição de cada parte. O autor, não raro, é vítima e o próprio beneficiário da reparação do ilícito, representando seus próprios direitos e sendo o réu o autor do ilícito, o representante do interesse contraposto e o destinatário da norma jurídica prolatada a ser cumprida.

Ainda a esse respeito, o papel do magistrado é passivo, uma vez que permanece enquanto árbitro ou observador entre duas partes, confiando a estas a iniciativa de apresentar os fatos, direitos e provas, para, ao final, declarar qual delas têm razão.

O processo de caráter bipolar é, por fim, episódico e autossuficiente, de modo que o impacto da sentença se restringe às partes e conclui a atividade judicial, sendo o direito e o remédio interdependentes. Em outras palavras: o alcance da reparação deriva da violação causada pela parte adversa.

Logo, é perceptível que o modelo processual bipolarizado é marcado pela rigidez formal, pelo caráter retrospectivo das soluções jurídicas, pela posição passiva e de simples accertamento de direitos do magistrado pela definição do conflito com a prolação de sentença condenatória, entre outros.

Entretanto, em decorrência da profusão de situações do dia a dia que denunciam litígios de natureza estrutural, o Poder Judiciário vem sendo, cada vez mais, chamado a atuar na implementação de políticas públicas, bem como na estrutura burocrática de entes privados ou públicos para,

por meio do processo, impor uma série de medidas, visando fomentar, em conjunto com outras instâncias de Poder, mudanças sociais.

Litígios ditos “estruturais” têm sua complexidade e conflituosidade cotidianamente obscurecidos em processos individuais. Isso ocorre, sobretudo, em detrimento da preponderância do modelo de resolução de disputas como paradigma da atuação jurisdicional, formulada para solucionar conflitos e controvérsias individuais e patrimoniais (PICOLI, 2018, p. 101).

Esse modelo bipolarizado torna a teia de interesses sociais imbricados em uma relação abstratamente reduzida à lógica dual da relação jurídica processual; retira a violação massiva de direitos de seu contexto fático e a torna um simples episódio sobre o qual se deve deliberar, pontual e retrospectivamente, além de não garantir qualquer tipo de *accountability* social.

No que concerne ao aspecto consequencial, essa simplificação pode ensejar duas vicissitudes insanáveis às decisões judiciais, quais sejam: a ineficácia global (porque meramente combativas das consequências) e a produção de efeitos colaterais (porque incapazes de apreender o conflito social em sua integralidade) (PICOLI, 2018, p. 102).

O processo estrutural, de tal maneira, foi apresentado enquanto ferramenta adequada ao enfrentamento judicial de litígios estruturais, uma vez que a tutela jurisdicional nele desenvolvida guarda caráter prospectivo, contínuo e maleável, e o enfoque adjudicatório se desloca da reparação de violação pontual do direito à reestruturação do estado de coisas transgressivo.

São comumente vistos como um tipo (espécie) de processo coletivo, que visa enfrentar conflitos multipolares e de elevada complexidade, cujo objetivo é promover a guarda dos direitos fundamentais pela via jurisdicional, interferindo no (mal) funcionamento ou na omissão de organizações públicas ou privadas. É necessário, assim, que as organizações sejam reestruturadas como um todo, a partir da alteração de seus procedimentos internos, sua estrutura burocrática e a mudança comportamental de seus agentes.

Demandam, para tanto, o estabelecimento de um processo civil democrático e coparticipativo, embasado no estabelecimento de uma relação dialógica e na revisitação de diversos institutos do processo civil

tradicional, que não são ideais ou adequados, em sua forma atual, para o tratamento de litígios estruturais.

Pensar em processos estruturais pode ser interessante quando se objetiva tentar transformar a realidade social pela via judicial de modo igualitário, garantindo um acesso à justiça democrático, e não excludente ou seletivo. É certo que as expectativas precisam estar alinhadas com a realidade e o processo não é, inicialmente, o *locus* mais adequado para a solução de questões que dizem respeito à alocação de recursos (geralmente públicos). Todavia, não raramente, a alternativa ao processo é a manutenção do *status quo* vigente (violador de direitos), que não está sendo tratado pelo Poder Público (ou que está sendo tratado de modo ineficiente), podendo ser interessante, nessa hipótese, a judicialização estratégica do caso em questão para o seu posterior desenvolvimento em um “processo estrutural”.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodium, 2018, p.475-491.

ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 40, p.34-64, 2014.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Yale University Press, 1962.

BILCHITZ, David. Judicial remedies and socio-economic rights: A response to Christopher Mbazira. **European Sociological Review**, v. 9, n. 1, p. 9-12, mar. 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, 2009.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Universidade Federal do Paraná, 2015. Dissertação de Me-

strado em Direito das Relações Sociais.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; SERAFIM, Matheus Gomes Casimiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Processos Estruturais e COVID-19: efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia. **Revista Culturais Jurídicas**. v.8, n.AOP, 2021. DOI: 10.22409/rcj.v8iAOP.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, Vol. 92, No. 2, 1978, p. 353-409.

GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Universidade Federal da Bahia, 2019. Dissertação de Mestrado.

GARAVITO, Cesar A. Rodriguez et al. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, n. 2, p.1-27, dez. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodium, 2018, p.423-448.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: As origens e consequências do novo constitucionalismo. Londrina: Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Ativismo dialógico x bloqueios institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da Sentencia T-025/04 da Corte Colombiana. **Argumenta Journal Law**, n. 31, p. 209-243, jul./dez., 2019.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 1, p.350-378, 2020.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. **Rediscovering institutions**: the organizational basis of politics. Nova York: The Free Press, 1989.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado De Direito E Desigualdade: Reflexões Sobre as Críticas À Judicialização Dos Direitos Prestacionais. Revista **Quaestio Iuris, Rio de Janeiro**, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, 2015.

PICOLI, Bruno de Lima. **Processo estrutural**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: Can courts bring about social change?** University of Chicago Press, 1991.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. **Revista de Processo**, v.4, nº 23, p. 121-152, jun. 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, n. 6, p. 28-51, 2007.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Juspodium.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**, v.139, p.28-35, 2006

'Notas de fim'

1 Nesse sentido, Sérgio Arenhart (2018, p. 477), ao falar do escopo dual das ações individuais, argumenta que “As ações coletivas (...) não representam resposta muito melhor. Isso porque, substancialmente, a tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito.”

2 Tratando do tema da separação de poderes na Constituição brasileira de 1988, Oscar Vieira (2007, p.41) argumenta que “A constituição engloba um sistema de separação de poderes, diferenciando entre os responsáveis pela criação e por aqueles encarregados da aplicação das leis. Como em muitos sistemas contemporâneos a separação de poderes não é tão rígida como a proposta no modelo de Montesquieu; o executivo possui poderes de regulação e de decidir administrativamente em certas áreas. O judiciário possui um poder extenso de revisão da legislação e de atos administrativos que estejam em conflito com a Constituição. O legislativo tem mais poder do que simplesmente editar leis gerais e abstratas; pode controlar o executivo e investigar más práticas. Porém, certamente, essa noção de separação de poderes flexível não é mais maleável do que as concepções admitidas em muitas outras democracias.”

3 Apesar de ter adotado essa postura, Vitorelli (2020, p. 314) destaca que “(...) o STJ tem pelo menos um julgado afirmando que, ainda que haja um acordo coletivo, o cidadão não está vinculado às suas cláusulas e não poderia ser impedido de ingressar em juízo para obter tutela de seu direito. Embora não mencione a possibilidade de suspensão da demanda, essa decisão, ainda que bem intencionada, compromete a solução estrutural de controvérsias, uma vez que a agilidade inerente ao processo individual, caso deferida a tutela provisória, sempre será mais interessante para o cidadão do que esperar que os seus problemas sejam resolvidos juntamente com os demais. Além disso, parece no mínimo curioso que uma ação individual possa ser suspensa na pendência de uma ação coletiva, mas a sua tramitação não possa ser obstada enquanto se cumpre um acordo coletivo nela firmado”.

4 O artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015, nesse sentido, prevê que: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.