

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS PROGRAMA DE PÓS-
GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO**

PEDRO LUIZ DE ANDRADE DOMINGOS

**PROCESSOS ESTRUTURANTES NO BRASIL: ORIGEM, CONCEITO E
DESENVOLVIMENTO**

VITÓRIA
2019

PEDRO LUIZ DE ANDRADE DOMINGOS

**PROCESSOS ESTRUTURANTES NO BRASIL: ORIGEM, CONCEITO E
DESENVOLVIMENTO**

Dissertação apresentada à Universidade Federal do Espírito Santo, como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Processo, Justiça e Constituição, para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof.^a. Dr.^a. Adriana Pereira Campos

VITÓRIA
2019

Aprovada em 04 de julho de 2019

Prof. Dr. Membro externo da banca: Marco Antonio Rodrigues – UERJ.

Prof. Dr. Membro interno da banca: Hermes Zaneti Júnior – UFES.

Prof.^a. Dr.^a. Adriana Pereira Campos – UFES.

Orientadora

*“Judges abound by precedent, but they cannot ignore cultural chance.
A Court ought not be affected by the weather of the day but will be by climate of the era.
The law is never finished.”*

Paul A. Freund

*Grandes estudiosos de processo devem manter suas mentes abertas para duas possibilidades:
a de que existem caminhos melhores para realizar coisas semelhantes e a de que, de tempos
em tempos, maneiras interessantes e criativas de fazer coisas novas surgirão.”*

Neil Andrews

AGRADECIMENTOS

Foi de Diógenes Laércio (180 d.c – 240 d.c)¹ a primeira tentativa de resgatar o conhecimento grego de maneira sistematizada em forma didática, para oferecer por meio dos romanos educação cívica. No resgate civilizatório que realizou, o autor aborda o pensamento de Aristóteles, que costumava dizer serem amargas as raízes da educação, porém doce os seus frutos (D.L. 5,18). Para Aristóteles, a educação deveria ser dura, austera e disciplinada pela obediência às leis e a pátria. Através dela, a humanidade se realiza em seu sentido político por ser uma atividade superior e direcionada para atingir objetivos virtuosos que só a experiência o tempo podem auxiliar a realizar.

Certamente as raízes amargas que Aristóteles atribui a educação podem se relacionar com os custos que envolvem a jornada acadêmica, cheia de adversidades, sacrifícios e solidão de um sujeito comum em sua saga de transformação na busca da verdade. Poderíamos traçar paralelos com a cruzada realizada pelos doze trabalhos de Hércules, a Odisseia de Ulisses, ou epopéia de Jasão e seus argonautas em busca do trono de Pélias. Em todos esses exemplos, o percurso foi completado por heróis, sempre acompanhados por aqueles que forneceram suporte ao crescimento e amadurecimento do personagem. Trata-se de laços pessoais que se desabrocham em engajamento, solidariedade, carinho e atenção. Nessa parábola, tomam meus agradecimentos todos que me trouxeram até aqui. O que torna tão importante os que realizam esta leitura, e de uma forma ou de outra, contribuem para essa jornada de aprendizado.

No ambiente universitário que envolve esta pesquisa, os maiores agradecimentos são destinados à Prof.^a. Dr.^a. Adriana Pereira Campos, por todo suporte e orientação recebidos desde o acolhimento realizado no interstício do ano acadêmico, com seriedade profissional, compromisso docente e ternura humanitária. Certamente, não apenas eu, mas o Programa de Pós-graduação em Direito da UFES reconhecemos a joia rara que você representa para o fortalecimento institucional.

¹ LAËRTIOS, Diôgenes. *Vidas e Doutrinas dos Filósofos Ilustres*. Tradução de Mário da Gama Kury. Ed. UNB. 2. ed. 2008. p. 133. 360p.

Ao Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior, cujo compromisso com a docência e sua dedicação na formação de novos líderes e educadores, revelam também, compaixão em momentos de adversidade. Grande parte do conhecimento desenvolvido neste trabalho, advém da profunda interação e debate estabelecido em torno de suas ideias, durante a disciplina de processo coletivo e estudos de iniciação científica realizados na graduação, além daqueles na pós-graduação, durante a disciplina de Constitucionalização do Processo e por meio do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo” – FPCC. Aliás, foi dele a sugestão de pesquisa em Processos Estruturantes, aos auspícios do ano de 2015, bem como a oportunidade de conhecer a obra de Edilson Vitorelli sobre o devido processo legal coletivo que circunda esta pesquisa.

Ao Prof. Dr. Marco Antonio Rodrigues, que muito gentilmente, decidiu se envolver no processo teórico, acompanhando as bancas de examinação que resultaram neste trabalho. A atenção e dedicação oferecida, mostra humanidade e compromisso acadêmico que permeia todos seus atos. Espera-se que a abordagem cooperativa e de negociação que envolve o desenvolvimento do procedimento estrutural apresentado neste trabalho, possa refletir seu pensamento e as bibliografias recomendadas.

A Prof.^a. Dr^a Brunela Vieira Vincenzi, que me permitiu ao longo do primeiro ano de mestrado, receber conhecimento humanista de filosofia moral, além de abrir caminhos para que fossem construídas sólidas e fraternas relações acadêmicas com Arthur, Lara, Ariadi, Vitor Faria e Vitor Morelato, obrigado a vocês.

Agradeço também aos Professores Drs. Marco Felix Jobim e Edilson Vitorelli pelas bibliografias recomendadas e oportunidade de interagir pessoalmente sobre o objeto de estudo, bem como a todo corpo docente do PPGDIR, pelo aprendizado e lições extraídas nas aulas ofertadas. Aos servidores do Programa, especialmente Adriele e Fernando pelo alto grau de zelo e atenção que oferecem aos estudantes do Mestrado.

Agradeço ao meu pai, que mesmo falecido, ensinou-se diversos princípios que espero carregar até os dias de hoje. A minha mãe, que mesmo diante do desafio de educar duas crianças, superou adversidades com a ternura e grandeza que me trouxe aqui.

À minha irmã, Pietra, que sofreu comigo e me completa na forma como somos, assim mesmo, a gente. Esses laços de fraternidade, carinho e amor Ágape, certamente ecoarão em muitas dimensões, ao longo do universo.

À minha família, em especial, aos meus avós, pela compreensão nos momentos de ausência, e ao suporte nos assuntos corriqueiros, por se oferecerem a preencher o tempo que eu não possuía e conceder carinho nos momentos de angústia.

Aos verdadeiros amigos, em grande parte responsáveis pelo meu desenvolvimento pessoal e pela crença compartilhada de valores e princípios que nos guiam. Rafael, Ramon, Luiz, Pedro Barcelos, Marcelo, Henrique, Lorenza, Gabriel, Mariana, Davi e Saguí. Certamente os dias de estudo na Serra do Caparaó, ou em Pedra Azul, muito gentilmente oferecidos por Miguel e Emmanuel, também foram úteis e essenciais para refletir sobre a bibliografia desta pesquisa de maneira singular, agradeço por fazerem parte deste trabalho e compartilharem sua amizade e apoio.

RESUMO

DOMINGOS, Pedro Luiz de Andrade. *Processos Estruturantes no Brasil: origem, conceito e desenvolvimento*. 2019. Dissertação (Mestrado em Processo, Justiça e Constituição) – Universidade Federal do Espírito Santo, UFES. Vitória/ES.

Se desenvolve amplo debate doutrinário em torno do Código de Processo Civil de 2015, estimulando discussões que propõem unidade racional e coerência para uma interpretação do direito que orbita em torno de propostas de Justiça Civil adequada ao seu papel contemporâneo. Refletir sobre modelos de procedimentos personalizados para o tipo do conflito que envolve a tutela judicial, leva a indagação sobre o modo como as Cortes julgam seus casos e como ajustes sobre a estruturação do procedimento, podem propiciar ganhos de efetividade e adequação do processo à realidade do direito material. A pesquisa aborda aspectos sobre a origem, conceito e o desenvolvimento dos processos estruturais para adjudicar litígios complexos. Pela análise de direito comparado, se pretendeu apresentar quatro perspectivas argumentativas: (1) o desenvolvimento do conceito histórico de processo estruturante; (2) A sistematização dos aspectos que podem ser abordados como pontos em comum em sua identificação, além de auxiliar uma interpretação coerente para a recepção do instituto estrangeiro pelo ordenamento jurídico nacional; (3) O levantamento das características deste procedimento, apresentadas também como critérios de orientação à função exercida pelas Cortes e pelas partes, demonstrando a forma de uso desta tutela diferenciada, destacando-se, ainda, as principais diferenças entre o processo estruturante e os demais procedimentos judiciais; para ao final, (4) indicar o reposicionamento do debate doutrinário nos EUA acerca dos processos estruturais, inserindo-o como um tipo de padrão decisório para estruturação de comportamentos institucionais no contexto de um processo judicial complexo. Sugere-se que a estrutura do processo cooperativo no contexto nacional, possui ambiente para receber estas mudanças.

Palavras-Chave: Processos Estruturantes; Processo Judicial Complexo; Processo Cooperativo; Devido Processo legal Coletivo; Tutela de Interesse Público.

ABSTRACT

DOMINGOS, Pedro Luiz de Andrade. *Processos Estruturantes no Brasil: origem, conceito e desenvolvimento*. 2019. Dissertação (Mestrado em Processo, Justiça e Constituição) – Universidade Federal do Espírito Santo, UFES. Vitória/ES.

There is a great academic debate around the Brazilian Civil Procedure Code (2015), stimulating discussions that propose a rational and coherent unity of interpretation of rights, in order to respond to the legitimate expectation of a civil justice appropriate to the present time. To reflect on the design of procedural models for special conflicts, it is necessary to ask how courts judge their cases and how the application of specific performance in legal resources contributes to greater efficiency in decision-making on substantive law. The research aims to address the origin, conception, and procedural development of structural injunctions for complex cases in public law litigation. A comparative study will be carried out from four perspectives: (1) The historical survey of the new litigation model in the USA, and the incorporation of these ideas by the Brazilian academy in their own legal system; (2) The systematization of aspects that can be approached as common points to identify it and that help to adapt its use in the national legal system; (3) The survey of the characteristics in this special litigation, which allows to verify a standard behavior for guiding the adjudication by the courts, demonstrating the use of this specific performance for the protection of rights, and the main differences between this form of litigation and the ordinary litigation. Towards the end of the research, we expect to (4) show the repositioning of the theoretical debate on structural injunctions in the United States, as a result of a decision maker to review institutional behaviour in the context of a complex litigation. Subsequently, we proposed that a form of cooperative procedure in the Brazilian legal system, is suitable to receive these proposals.

Key Words: Structural Injunction; Complex Litigation; Cooperative Procedure; Collective Due Process; Public Law Litigation;

LISTA DE SIGLAS

ADI- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

ADPF- ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

ADC – AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE

ADR – ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

AP- AÇÃO POPULAR

ARE- RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE AGRAVO

CFRB- CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA DO BRASIL

CPC- CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL

DJ- DIÁRIO DE JUSTIÇA

DSD – DESIGN DE DISPUTAS

EC- EMENDA CONSTITUCIONAL

EUA- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

FGV- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

FRCP – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS

IRDR- INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

SP- SÃO PAULO

STF- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUS- SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. ABORDAGEM GERAL SOBRE O PROCESSO ESTRUTURANTE: ORIGEM E DIFERENÇAS CONCEITUAIS UTILIZADAS NO BRASIL	20
1.1. O debate doutrinal inaugural dos processos estruturantes	21
1.2. Public law litigation e structural injunction	31
1.3. Jurisdição e processos estruturantes	36
1.4. Abordagem comum sobre os processos estruturantes no Brasil	141
2. O PROCESSO ESTRUTURANTE COMO TUTELA EM PROCESSO JUDICIAL COMPLEXO.....	45
2.1. Processo estruturante: em busca de uma definição adequada.....	46
2.2.O processo estrutural enquanto procedimento disponível para a tutela do interesse público em relações sociais complexas	60
2.3. O processo judicial como lócus privilegiado para decisões estruturais	67
3. O PROCEDIMENTO ESTRUTURAL.....	71
3.1. Características principiológicas do procedimento	71
3.2. O núcleo processual central dos processos estruturantes.....	79
3.2.1. O devido processo legal coletivo	82
3.2.2 Aspectos relacionados à participação em processos estruturantes.....	91
3.2.3.Aspectos relacionados ao controle adequado da representação das partes em processos estruturantes.....	101
3.3. O comportamento do juiz em decisões estruturantes	115
4. O PROCEDIMENTO ESTRUTURAL COMO UM PROCESSO JUDICIAL COMPLEXO.....	125
4.1. O devido processo legal como guia na estruturação de modelos de processo	128
4.1.1. Processo judicial complexo e modelo de estruturação de processo.....	131
4.1.2. A Tutela Judicial estrutural em Processo Judicial Complexo.....	143
4.1.3 - O uso da proporcionalidade enquanto critério geral de interpretação (<i>decisionmaker</i>) em uma sanção estruturante	153

4.2. Processo estruturante e a tutela coletiva de direitos no Brasil.....	160
4.2.1.A interação entre Processo Estruturante e o Ordenamento Jurídico Nacional.....	165
4.2.2.A primazia da Ação Coletiva enquanto veículo introdutor da controvérsia no processo estrutural.....	180
4.2.3.A flexibilização dos princípios da demanda, adstrição e congruência nos Processos Estruturantes.....	186
4.3. Aspectos externos que influenciam o procedimento na reorganização institucional e suas etapas no desenvolvimento de decisões estruturais.....	192
4.3.1. Das medidas dialógicas para implementação	195
4.3.2. Das medidas coercitivas para implementação	197
4.3.3. Conclusão parcial sobre a reorganização estrutural de instituições	201
CONCLUSÕES.....	204
REFERÊNCIAS.....	214

INTRODUÇÃO

Se desenvolve amplo debate doutrinário em torno do Código de Processo Civil de 2015, estimulando discussões que propõem unidade racional e coerência para a interpretação do direito, visando responder desafios de uma Justiça Civil adequada ao seu papel contemporâneo.² Entre os diversos temas abordados pela doutrina, encontram-se problemas teóricos sobre a tensa relação entre direito material e técnica processual durante o ato adjudicatório³ em tutelas diferenciadas⁴. Refletir sobre modelos de procedimentos personalizados ao tipo do conflito, leva a indagação sobre o modo como as Cortes julgam seus casos, e se ajustes sobre a atividade adjudicatória propiciam julgamentos mais efetivos e adequados.

A dissertação perpassa sobre o eixo acadêmico que propõe discutir sobre tais problemas, especificamente sobre litígios complexos que demandam decisões estruturais⁵. Pretendeu-se compreender como a doutrina enxerga o uso de processos estruturantes no Brasil, traçando comparativos sobre o modo como países de *common law*, especialmente os EUA, lidam com o fenômeno. Para isso, além do resgate histórico, foram descritas algumas ferramentas processuais utilizadas pelos juízes, como técnicas de julgamento e de interpretação, asseverando que qualquer recepção do instituto demanda observar certo núcleo processual central de garantias que orbitam em torno do devido processo legal.

Verifica-se neste início de milênio, que o processo civil brasileiro encontra abertura maior para receber influências do contexto judicial que envolve países de *common law*. Refletir sobre como o modelo judiciário estrangeiro realiza a gestão do conflito, permite analisar o

² ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie (orgs). *Doutrinas Essenciais: Novo Processo Civil*. 2. ed., 10 vls., São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

³ Ao longo deste trabalho, o termo “adjudicação” e suas variáveis – adjudicado, adjudicatório etc., devem ser compreendidos a partir de sua origem anglicana, sob tradução direta da expressão “adjudication” utilizada em países de *common law*. Segundo o dicionário *Black Law*, “adjudication” se refere ao processo de julgamento de uma causa, bem como a prolação de uma sentença, o que indica uma compreensão ampla sobre o fenômeno do procedimento judicial em sua integralidade, compreendendo a forma de “decision-making” (<https://thelawdictionary.org/adjudication/>) – Acesso em 02 de Junho de 2019. Esse alcance sobre o instituto é diverso da compreensão adotada no Brasil, cujo Código de Processo Civil trata como sendo a maneira preferencial de expropriação judicial em execução por quantia certa (art. 825 do CPC), sendo o primeiro método para o credor reaver o que lhe é devido em atividade executiva. Desta forma, manteremos o termo estrangeiro por compreender que a maioria da doutrina nacional assim também o adota.

⁴ TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018. pgs. 459, 487, 491.

contexto e as características que envolvem a tutela judicial anglicana, ressaltando a abertura teórica para as diferenças culturais que compõem a compreensão ocidental sobre justiça civil⁶. Pode-se brevemente acentuar o raciocínio pragmático, a oralidade, a ampla margem de flexibilização procedimental e a prioridade do sistema jurídico por estimular *Alternative Dispute Resolution - (ADR)*⁷. Essas características do modelo de justiça *common law*, podem ser úteis ao processo civil cooperativo, desde que observados os limites da realidade jurídica brasileira.

Com o estudo comparado, aborda-se quatro perspectivas argumentativas: (1) O desenvolvimento do conceito histórico de processo estruturante; (2) A sistematização dos pontos em comum abordados como indicadores da necessidade de se utilizar um processo estrutural (3) O levantamento dos elementos característicos deste procedimento, abordados como critérios de orientação à função exercida pelas Cortes e pelas partes, demonstrando a forma de uso desta tutela diferenciada e destacando o processo estruturante dos demais processos adjudicatórios; para ao final, (4) Indicar o reposicionamento do debate doutrinário na atualidade, situando o processo estrutural como um entre os diversos tipos de padrão decisório utilizados no contexto de um processo judicial complexo, com objetivo de promover a estruturação de comportamentos institucionais. Sugere-se que a estrutura do processo cooperativo no contexto nacional, possui ambiente para recepcionar estas mudanças.

Entre os objetivos deste trabalho, podemos citar: (1) A exposição da origem histórica, os conceitos firmados e o desenvolvimento apresentado pelos estudos que sucederam às primeiras decisões estruturais no contexto americano e permitiram sistematizar características, princípios e ferramentas que auxiliam a Corte na efetivação deste tipo de tutela judicial; (2) Expor o raciocínio sobre decisões judiciais estruturais em litígios complexos, bem como algumas técnicas processuais já discutidas e aplicadas pelo ordenamento estrangeiro, ou já utilizadas no contexto nacional, correlacionando-as em torno do julgamento para a implementação de mudanças sociais relevantes pelo Poder Judiciário quando instado a

⁶ CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual – Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

⁷ SANDER, Frank E. A.; BORDONE, Robert C.; MCEWEN, Craig A.; ROGERS, Nancy H. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013; ANDREWS, Neil. *O moderno Processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Ed. Revista dos Tribunais, 2. Ed., 2012.

realizá-las para proteger direitos constitucionais violados sistematicamente por comportamentos institucionalizados.

De forma mais específica, a fim de introduzir o leitor no debate que aqui se constrói, mister dispor que o presente texto se divide em duas partes, sendo a primeira relativa à introdução sobre o tema e descrição do ambiente discursivo no qual se insere, suas formas de aplicação, e regras de uso em conformidade constitucional (capítulos 1, 2 e 3). Na segunda parte (capítulo 4), aprofunda-se as conclusões extraídas de cada capítulo, relacionando-as com a reconfiguração atual do debate que envolve litígios complexos.

Neste contexto, o primeiro capítulo apresenta aspectos históricos sobre o desenvolvimento do fenômeno processual, sua origem e recepção ao Brasil, bem como os conceitos que permeiam esse ramo do direito e que foram originalmente desenvolvidos por Abram Chayes⁸ e Owen Fiss⁹, respectivamente - *Public Law Litigation* e *Structural Injunctions*. Indica-se que a doutrina nacional tem compreensões distintas sobre os fenômenos que os autores observaram.

O segundo capítulo relaciona os conceitos com argumentos levantados por autores que sucederam o debate em perspectiva comparada, investigando os aspectos abordados pela doutrina para este procedimento, indicando que independente da preferência sobre o conceito ou autor que se adote sobre processo estrutural, que a definição sobre seu uso não deve tomar por base inicial a previsão legal que ampara o direito material tutelado, mas as características que compõem a formação do litígio das partes em ambiente de conflito.

A pesquisa aponta aspectos que envolvem a litigiosidade em um processo estrutural e policêntrico de interesses, mas disperso quanto aos danos que atingem o grupo¹⁰. Os itens 2.2 e 2.3, abordam que o procedimento estrutural convive com características de interesse

⁸ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, n. 7, 1976.

⁹ FISS, Owen. The Civil Rights Injunction. *Indiana University-Bloomington School of Law, Indiana*, vol. 7, 1978. Coleção Adison Harris Lecture. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=harris>; A Vision of the Constitution. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Cambridge, vol. 243. p.243-246, 1978; The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 93. n. 1. pags. 01-58, 1979; The Social and Political Foundation of Adjudication. *Law and Human Behavior Journal*, Estados Unidos, vol. 6, n. 2, pags. 121-128, 1982; Two Models of Adjudication. In: GOLDWIN, Robert; SCHAMBRA, William (Editores). *How Does the Constitution Secure Rights?* Washington: American Enterprise Institute Constitutional Studies, p. 36-49, 1985; Free speech and Social Structure. *Iowa Law Review*. Iowa, v. 71. pags. 1405-1425, 1986.

público, o que implica uma atividade responsiva da Corte para solucionar o conflito, revisando a relação de autonomia individual dos sujeitos que são partes processuais, sem deixar de observar garantias que protegem direitos fundamentais. Essa atividade se apoia em torno de um balanceamento argumentativo que cria condições para realização do direito material.

O terceiro capítulo, realiza o levantamento de pesquisa bibliográfica que fornece adequado tratamento ao procedimento, se preservado determinadas garantias processuais. Apresenta, também, as características que diferenciam o processo estrutural dos demais procedimentos tradicionais de adjudicação. A proposta de sistematizá-las, visa refletir sobre suas possibilidades, bem como sobre qual é seu papel na conformação de um padrão de orientação para atos praticados durante o procedimento. Se compreenderá de forma mais aprofundada o conceito de litígios irradiado, o caráter estrutural que envolve decisões judiciais neste tipo de conflito, suas consequências sobre a revisão de comportamentos institucionais, o modo como a Corte altera suas características adjudicatórias e o relacionamento com as partes para desenvolver o processo que irá a julgamento¹¹.

O capítulo também propõe uma abordagem de critérios objetivos que possam auxiliar o juiz durante a formação do modelo de julgamento, a partir de critérios que observem o devido processo legal mesmo nessa tutela complexa de direitos. Serão expostos o núcleo processual que deve ser considerado durante o ato adjudicatório, agrupando as garantias em torno do contraditório, participação dos ausentes e controle adequado da representação¹², aspectos que serão aprofundados a partir do item 3.2. Buscou-se compreender a existência de uma estrutura de trabalho diferenciada durante a adjudicação dos conflitos pela via estrutural, que indica a necessidade de um juiz gestor do caso (*case management*)¹³, em formato *town*

¹¹ BONE, Robert. Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion. *New York Law Review*, New York, vol. 67, n. 2, p. 193-295, 1992; CUMMINGS, Scott L. e RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. *Fordham Urban Law Journal*, New York, vol. 36, n. 4, p. 603-652, 2009; STURM, Susan. Normative Theory of Public Law Remedies, *Georgetown Law Journal*, Washington, vol. 79, p. 1355-1446, 1991; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, p. 353-368, 2017; VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 248, p. 209-250, 2017.

¹² VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

¹³ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (orgs). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, p.369-422, 2017.

*meeting*¹⁴ de negociação, e que estimule cooperação¹⁵. Esses e outros conceitos serão sempre abordados nos capítulos, a partir dos objetivos propostos.

Conformar o procedimento sob garantias de devido processo legal coletivo, implica o reconhecimento de que a flexibilidade procedimental para a tutela adequada do direito nos litígios estruturais, não se justifica apenas por um ato de vontade. Indica-se a centralidade do direito fundamental a se obter um procedimento justo¹⁶, como suporte argumentativo para desenvolvimento do modelo de julgamento apto a um litígio estrutural. São infinitas as possibilidades de conflitos que demonstram a necessidade de flexibilizações processuais, (re)construções interpretativas e/ou atividades negociadas que estimulem comportamentos dinâmicos no processo para adequação ao direito material. Novas situações ainda serão percebidas no tempo com o avanço das relações sociais que se tornam cada vez mais complexas¹⁷. Isso implica considerar a realidade do concreto para delimitar a adequação do procedimento à realidade do direito material, sendo insuficiente pretensões de completude dogmática do ordenamento para todas essas possibilidades.

Ainda serão abordados aspectos sobre a função do judiciário na proteção do interesse público durante a interpretação de valores constitucionais e como a estrutura bipolar de processo e o formato atual da gestão da máquina judiciária são limitadores para o tratamento adequado da realidade complexa do conflito¹⁸. A interação entre a primeira e a segunda parte deste trabalho, é realizada no capítulo 04, visando sistematizar considerações a respeito do processo estrutural no contexto nacional, observando alguns problemas enfrentados academicamente nos EUA, ao menos desde a primeira grande repercussão de caso estrutural adjudicado nos

¹⁴ YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school Case. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 93, n. 3, p. 465-517, 1980.

¹⁵ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: Câmara, Alexandre Freitas; Pires, Adilson Rodrigues; Marçal, Thaís Boia (Coords.) *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum, p. 259-27, 2016.

¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2003; O Formalismo-Valorativo no confronto com o formalismo excessivo, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 31, n. 137, p. 7-32, jul-2006; *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 338p.

¹⁷ TILLER, Emerson H. Controlling Policy by Controlling Process: Judicial influence on regulatory decision making. *The Journal of Law, Economics, & Organization*. v. 14, n. 1. pags. 114-135, 1998.

¹⁸ MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 289, p. 423-448, 2019.

primórdios de 1950¹⁹. O item 4.3, traz um debate mais consentâneo sobre como fatores externos influenciam sobre os êxitos e impõem limites ao tratamento de uma decisão estrutural.

No último capítulo, pretende-se conformar as conclusões extraídas em cada capítulo, com a perspectiva de comportamento das Cortes para o processo judicial complexo. Se relacionará o tratamento oferecido pela Corte para o processo judicial complexo, com a sofisticação das técnicas processuais desenvolvidas para o contexto de complexidade dos conflitos que envolvem as relações econômicas, sociais e de massa nos EUA²⁰. Esses elementos absorvem critérios de eficiência da justiça e racionalidade para julgamento adequado dos direitos²¹. Essa abordagem relaciona experiências de outros ramos da ciência sobre a forma como o direito pode resolver litígios estruturais. Pretendeu-se discorrer sobre o contexto das tutelas judiciais complexas americanas, em que consiste a mudança de padrão da decisão estruturante e se essa alteração pode ser verificada no Brasil do mesmo modo.

O leitor observará que os aspectos que diferenciam a estruturação processual em cada cultura, foram nesta pesquisa, didaticamente sistematizados em torno de dois grandes grupos - o modelo adversarial e o inquisitorial para resolução de conflitos²². A influência desses modelos tradicionais no âmbito de um processo estrutural, implica na revisão da distribuição de funções e dos papéis de cada sujeito processual durante a instauração, desenvolvimento e conclusão do procedimento para entrega da tutela do direito. Barbosa Moreira²³ denomina a distribuição das responsabilidades de divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. No contexto estruturante, a intensidade com que essas características se revelam, irá variar de acordo com os valores centrais de cada ordenamento que recepciona o instituto.

¹⁹ SHAPIRO, Fred R; PEARSE, Michelle. The most-cited law review articles of all time. *Michigan Law Review*. St'Ann Arbor, vol. 110, n. 8, 1483-1520, 2012; TUSHNET, Mark V. Some Legacies of Brown v. Board of Education. *Virginia Law Review*, Richmond, vol. 90, p. 1693-1720, 2004.

²⁰ MARCUS, Stanley (Org. princ.). *Manual for Complex Litigation*, 4 ed. Federal Judicial Center. Ed. Thomson West. 2004. Disponível em: <https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>.

²¹TALEKAR, Pradnya. *Conceptualizing Economics of Justice Delivery – Demand, Supply and Costs*. CCS Working Paper of Centre For Civil Society, n. 250, 2011.

²² JOLOWICZ, J. A. Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation. In: *On civil procedure (Cambridge Studies in International and Comparative Law)*. Cambridge: Cambridge University Press, cap. IX, pags. 175-182, 2000.

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil – quarta série*, São Paulo: Saraiva, 1989.

Durante a investigação do conceito de “*Complex Litigation*”²⁴ no capítulo 04, explora-se o modo como a redistribuição de tais responsabilidades se altera no processo judicial americano quando a Corte reconhece a complexidade do caso concreto. Indicam-se exemplos em que essa característica de litígio pode ser verificada, constatando que um caso pode ser complexo, mas não demandar uma decisão estrutural. Pretende-se compreender que o tipo de ação judicial introdutor da controvérsia e a qualidade pública ou privada das partes, não são os únicos critérios considerados para a formação de um processo estruturante, ou atuação da Corte em processos judiciais complexos. Os fatores relevantes envolvem a estrutura policêntrica dos interesses e dispersão dos danos provocados pelo conflito, pois, eles demonstram que o processo tradicional não oferece tratamento adequado.

Espera-se que ao realizar a leitura da primeira parte do trabalho, o leitor tenha um roteiro-guia para identificar um litígio complexo e utilizar o procedimento estrutural como proposta de conformidade do procedimento para litígios irradiados. Indica-se o ganho panorâmico e de perspectiva que ele pode oferecer para a tutela dos conflitos. Na segunda parte, se apresenta a estrutura de *complex litigation* formada após a estruturação das decisões judiciais que revisaram comportamentos institucionais nos EUA, além de considerações sobre como fatores externos ao processo, podem ser responsáveis pelo êxito ou fracasso de mudanças sociais relevantes pela via judicial, bem como quais são os limites para que mudanças complexas impostas pelo Judiciário possam se realizar.

A dificuldade de integração entre as instituições sociais e entre os poderes da República no cumprimento da ordem judicial, a falta de expertise da Corte para lidar com outras áreas do conhecimento, fatos jurídicos que envolvem tecnologias complexas, danos ambientais ou violações de massa, são alguns desafios para uma justiça que pretenda oferecer reformas estruturais. Se encontra neste mesmo ambiente limitador, a intensidade a qual o Judiciário irá

²⁴ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2002; HADFIELD, Gillian K. The Cost of Law: Promoting Access to Justice through the (Un)Corporate Practice of Law. *International Review of Law and Economics*. 4. ed. Disponível por SSRN em: <https://ssrn.com/abstract=2333990>; BEN-SHAHAR, Omri. The Paradox of Access Justice, and Its Application to Mandatory Arbitration. *University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 83. pag. 1755-1816, 2016. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/paradox-access-justice-and-its-application-mandatory-arbitration>; BUSCAGLIA, Edgardo. Law & Economics of the Human Rights to Access Justice. *Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, Berkeley, vol. 1., 1 ed. Disponível em: http://lajle.alacde.org/journal/vol1/iss1/3?utm_source=lajle.alacde.org%2Fjournal%2Fvol1%2Fiss1%2F3&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages; ASH, Elliott; CHEN, Daniel L.; NAIDU, Suresh. *Ideas Have Consequences: The Effect of Law and Economics on American Justice*. Junho-2017. Não publicado. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2992782>.

interagir com outras áreas do conhecimento, tais como o levantamento de compreensões psicológicas sobre as vítimas que compõem o grupo violado, os efeitos econômicos provocados por danos em escala, aspectos sociológicos e antropológicos sobre crises de representatividade política e de exercício democrático, eficiência institucional e governança.

Importante destacar que embora ocupe o espaço conclusivo na presente dissertação, relacionando o estado da arte dos processos estruturantes com a perspectiva de tratamento oferecido a um processo judicial complexo, o quarto capítulo não visa extrair conclusões que permitam compreender em sua totalidade o fenômeno sobre *complex litigation*, nem o indicar como a única maneira de se tratar um problema complexo. Seu objetivo é oferecer um encadeamento com as ideias levantadas no trabalho e abrir perspectiva para o arcabouço desenvolvido nos EUA pelo Poder Judiciário para tratamento de um caso quando considerado complexo. Reconhece-se necessário uma pesquisa mais aprofundada especificamente sobre *complex litigation*, o que será fundamental em estudo específico e posterior sobre o assunto.

1. ABORDAGEM GERAL SOBRE O PROCESSO ESTRUTURANTE: ORIGEM E DIFERENÇAS CONCEITUAIS UTILIZADAS NO BRASIL

Antes de apresentar o conceito de processo estruturante que se adotará nesta pesquisa, se descreverá sobre a recepção do instituto pela doutrina brasileira, apresentando o problema que originou essa técnica de decisão judicial nos EUA, bem como as semelhanças e diferenças que são comuns a estes contextos.

Para esta dissertação, se fez um levantamento de publicações acadêmicas sobre o assunto, no Brasil e nos Estados Unidos da América - EUA. Pretendeu-se, com essa abordagem do tema, determinar a origem dos primeiros estudos que abordam seu uso doutrinal e que tratam sobre a forma como a jurisdição interage com essa técnica de adjudicação.

Considerou-se pertinente desenvolver a análise, diferenciando o debate a respeito da tutela coletiva de direitos, que surgiu tardiamente no Brasil, daquele processo ocorrido nos EUA para implementar mudanças socialmente relevantes pela via judicial, após a experiência consolidada do modelo *class action*. Buscou-se, assim, evidenciar uma abordagem comum, entre duas culturas jurídicas, sobre o alcance de um processo estruturante como técnica adjudicatória nestes dois sistemas.

1.1. O debate doutrinário inaugural dos processos estruturantes

Durante o período compreendido entre 1977 e 1981, José Carlos Barbosa Moreira²⁵ publicou quatro artigos com foco na tutela de “novos direitos” coletivos, assunto muito recente, à época, nos países de *civil law*. Do levantamento realizado para esta dissertação, constatou-se que essas publicações inauguraram a discussão sobre processos coletivos no Brasil.

Nesse conjunto de artigos, Barbosa Moreira discutiu o impacto do tratamento das ações coletivas (*class action*), largamente utilizado nos Estados Unidos para a adjudicação de direitos de massa (*mass litigation*). Os efeitos positivos de seu uso, nos EUA, com efeito, produziram sua franca expansão na segunda metade do século XX, notadamente após o *New Deal* e a Segunda Guerra Mundial. O período caracterizava-se pelo intervencionismo do Estado e a conseqüente política de tutela dos direitos sociais. Consoante Owen Fiss²⁶, o Estado de bem-estar social favorece o desenvolvimento e proliferação de ações coletivas, para promover ou garantir direitos, em um contexto de litigação de massa (*mass litigation*).

Também Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Maris de Oliveira Júnior²⁷ destacam-se no campo dessa inovação doutrinária. Ambos publicam textos com preocupações semelhantes à de Barbosa Moreira, fortalecendo a discussão jurídica sobre a tutela coletiva de direitos no país, ainda restrita à clássica adjudicação de conflitos entre duas partes e à tutela individual. A partir da publicação do estudo de Mauro Capeletti²⁸, com críticas aos limites impostos pela tradição *civil law* para o tratamento de violações coletivas de direitos, cresceu ainda mais o

²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. Foram recolhidos três artigos: (1) A proteção jurídica dos interesses coletivos, p. 173-181, escrito em 1980, (2) A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro, p. 183-192, redigido em 1981 e (3) Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, p. 193-221, datado de 1982, (4) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados “interesses difusos”, In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 110-123. O artigo referido é, originalmente, de 1977, ano da primeira edição da obra.

²⁶ Segundo o autor, a própria Constituição Americana, país onde as Ações Coletivas inicialmente se desenvolvem, ao contrário do que se supõe, não advoga um estado de *laissez-faire*, mas, em suas palavras, um “Estado Ativista”, no sentido de promotor dos valores de liberdade de expressão, reflexão desenvolvida em um momento de promoção de direitos pela via judicial coletiva (séc. XX). FISS, Owen. ¿Por qué el Estado? In: CARBONELL, Miguel (org). *Teoría del neoconstitucionalismo. Colección Estructuras y Procesos*, Madrid: Ed. Trotta. pág. 105-120. 2007.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos interesses difusos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 12, 1979; OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.) *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad Ed., p. 9. 1984.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparativist’s Contribution. *Buffalo Law Review*, vol. 25, p. 643-690, 1976.

interesse pelo tema. Além disso, o jurista italiano exibiu, na mesma obra, a experiência positiva do *commow law* nesse campo, particularmente, nos Estados Unidos.

Passados 30 anos das primeiras publicações nacionais sobre tutela coletiva, o Brasil engajou-se no desenvolvimento de um microssistema de processos coletivos, que se iniciou no âmbito da discussão doutrinária, até a criação de variadas legislações²⁹. O tamanho desse movimento voltado para a disciplina dos processos coletivos chegou a motivar, por parte de alguns juristas, a ideia de codificação da matéria³⁰. A Constituição Federal de 1988, sob a demanda de tutela de direitos coletivos, registrou, no título II, “dos direitos e garantias fundamentais”, a proteção dos direitos difusos e coletivos³¹.

Diversas leis infraconstitucionais passaram a ser reconstruídas ou consideradas no escopo da tutela coletiva, tais como: i) a Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65); ii) a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347 de 1985); iii) o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.072 de 1990); e, sistematizando esse trajeto, iv) o projeto de Lei n. 5.139/2009, denominado Lei das Ações Coletivas, que chancela as principais lições doutrinárias e jurisprudenciais colhidas nessas décadas de discussão sobre meios processuais adequados ao tratamento da tutela coletiva de direitos³².

Ainda que direitos sociais possam ser adjudicados por meio de uma ação individual, visando a reparar uma determinada micro-lesão, nem sempre tais direitos poderão ser reparados integralmente por esta via. Essa espécie de procedimento promove a jurisdição de maneira atomizada e individualista, sem sopesar o conjunto de indivíduos ou grupo que padece o

²⁹ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 12a ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

³⁰ GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³¹ Art. 129. CFRB: “São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional, b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

³² ZANETI JR., Hermes. De la ley a la constitución. La positivación de los derechos difusos y colectivos em la Constitución Brasileña. *Revista jurídica del Perú*. Lima: Gaceta Jurídica. Tomo 126, p. 65/81, agosto 2011.

mesmo dano e também merece tratamento³³. Nesse caso, o uso reiterado de uma ação individual para justicializar direitos sociais, cujos impactos, consequências e violações atingem certa coletividade, não se compatibiliza com a tutela tempestiva, adequada, efetiva e justa para o tratamento de conflitos coletivos³⁴. Quando o conflito se referir a estes direitos, há, contudo, outros tipos de procedimentos e ações que podem resguardar, de maneira global, a coletividade ofendida em seu direito.

Logo, podemos mencionar que, dentro do ordenamento jurídico brasileiro há um sistema processual para tratamento coletivo de conflitos, que se desenvolveu no contexto acima mencionado, pela via das ações coletivas, mas este não é sinônimo de processo estruturante. Ações coletivas referem-se aos veículos processuais, aptos a jurisdicionarizar ofensas a direitos coletivos e isso não significa dizer que elas são a única forma de se tutelar litígios coletivos. Tratam-se de um meio de ação desenvolvido pelo Judiciário norte-americano e que na realidade nacional podem adjudicar conflitos coletivos, difusos, ou individuais homogêneos, na forma conceitual que dispõe o Código do Consumidor.

Por outro lado, o processo estruturante, como leciona Antônio Gidi³⁵, se insere no ambiente de processos complexos, que podem ser identificados, quando reconhecida a dificuldade de oferecer tutela adequada para direitos com questões de fato complexas, multipartes, ou complexidade de interesses em jogo. Neste ambiente, a decisão estrutural implica uma alteração do comportamento levado a cabo pela jurisdição, com o objetivo de adjudicar direitos em litígios complexos, visando à tutela adequada dos conflitos coletivos, podendo se realizar por meio da ação coletiva, ou em ações individuais quando questões comuns

³³ DIDIER JR., Fredie. ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 13^a ed., vol. 4, 2019.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. The defense of the transindividual interests: Brazil and Iberoamerica. In: HENSLER, Deborah R.; HODGES, Christopher, TULIBACKA, Magdalena (eds), *The Globalization of Class Actions (The ANNALS of the American Academy of Political and social Science Series*, março-2009). Disponível em: <https://law.stanford.edu/event/the-globalization-of-class-actions/>, acesso no dia 28 de outubro de 2018; OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.) *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad Ed., p. 9. 1984.

³⁵ Litígios complexos, processos complexos. A complexidade em um processo pode ser gerada por vários fatores, como, por exemplo, a dificuldade ou novidade nas questões de fato (inclusive envolvendo questões científicas novas), o número das partes e intervenientes e, de forma indireta, o valor dos interesses em jogo. GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

repetitivas, demandarem um procedimento estrutural em razão de insuficiências no tratamento adequado pelo modo convencional³⁶.

Desta forma, pretende-se apresentar o fenômeno, como um modo de se obter tutela para problemas enfrentados pela jurisdição, quando determinados tipos de litígios coletivos não receberem o tratamento processual adequado e eficiente dos direitos pela via do processo tradicional, seja ele individual coletivo. Em litígios complexos, o procedimento tradicional para a tutela coletiva de direitos não tem o condão de fazer cessar práticas reiteradas e estruturais que violam determinados direitos constitucionais³⁷. Neste caso, a solução jurídica proferida sob a égide do julgamento lícito-ilícito ou procedente-improcedente se demonstra insatisfatória para resolver o problema que envolve multi-partes com interesses conflitantes.

Ademais, em casos complexos, a solução jurídica adequada não se encontra na simples declaração de culpa ou inocência das partes, uma vez que, diversas variáveis, de comportamentos sucessivos e generalizados, levam à necessidade de certa alteração estrutural destes comportamentos para que a sentença possa ser efetivada. Nesse caso, torna-se necessário que a Corte considere, em sua autoridade, os fatores externos ao processo, a fim de obter solução efetiva para o caso. Quanto a esse movimento, que implica a consideração dos fatores externos, alguns autores nacionais o denominam de pan-procedimentalismo³⁸. Nesse tipo de decisão estrutural, *inputs* políticos, econômicos e de outras áreas do conhecimento passam a ser levados em consideração para que a sentença não se torne ineficaz, resultando na falta de credibilidade da corte³⁹.

Essas preocupações diferenciadoras do processo ordinário demonstram que, em determinados casos complexos, as partes se desenvolvem por policentrismo de interesses, divergentes em um mesmo polo da ação, e há uma dispersão de intensidade de danos causados em todo o grupo, padecendo este de homogeneidade. Para essas situações, nem sempre a solução se

³⁶ MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. *Revista de Processo*, vol. 289, 2019. p. 423-448. 2019.

³⁷ TIDMARSH, Jay. TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, 2002. *Books*. 23. Disponível para download mediante cadastro, em: https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.

³⁸ ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, Proportionality and the 'Pan-Procedural' Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation. *International Journal of Procedural Law*. Vol. 4. 2014. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2779681>. Acesso dia 20 de fevereiro de 2019.

³⁹ VITORELLI, Edilson. Levando conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. São Paulo: *Revista de processo*. vol. 284. p. 335, 2018.

encontra diretamente prevista em lei e, em razão das características da lesão, não há uniformidade de opinião entre os atingidos sobre como resolver o conflito. Aumentam, portanto, os desafios de se reparar, integralmente, o dano por meio do Judiciário⁴⁰.

Nesse tipo de lesão, os danos são provocados em massa (*mass damages*), no contexto de uma sociedade de consumo, e atingem certos direitos fundamentais sociais e coletivos que, quando judicializados, normalmente o são por meio de uma ação coletiva, mas ainda persiste a dificuldade de reparação integral do dano, porque o procedimento ainda se dá sob a lógica tradicional de uma ação individual. Assim, o julgamento do mérito não tem por objetivo estruturar medidas que possam rever, no futuro, os comportamentos pretéritos que provocaram o estado de violação dos direitos coletivos e difusos daquele determinado grupo⁴¹. Nessas situações, o processo estruturante pode ser útil, por ser um meio próprio ao processo judicial para reestruturação de práticas de instituições inteiras, para que o estado de violação generalizada de direitos possa cessar a partir dos novos comportamentos⁴².

Sabe-se que, antes dos debates doutrinários de 1970 e 1980, em sistemas jurídicos de tradição *civil law*, pouco se desenvolveu sobre a possibilidade de o Judiciário mediar conflitos sociais e coletivos. Verificada uma mudança na sociedade a partir desse período, passou-se, então, à realização mais sistemática de estudos sobre a melhor forma processual para adjudicar direitos sociais emergentes, bem como sobre seus limites⁴³. Isso se motivou, sobretudo, em razão dos conflitos existentes numa sociedade urbana ascendente, e do surgimento de “novos” direitos a serem protegidos. Verificou-se, assim, na doutrina, a adoção da perspectiva comparada sobre a experiência do *commow law* para viabilizar a tutela desses litígios⁴⁴.

Naquele contexto, reconheceu-se que os estudos comparados sobre a tutela de direitos coletivos e o procedimento das *class actions nos EUA* forneciam a possibilidade de se desenvolver, no Brasil, o que posteriormente veio a se denominar de microssistema da tutela

⁴⁰ VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos Conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 7. p. 8, jan-jun, 2018.

⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais – Para além da proteção de interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁴² VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (orgs). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁴³ TUSHNET, Mark. A Response to David Landau (Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*. vol. 53. ed. 189. pags. 155-164. Abril, 2012.

⁴⁴ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais I: Um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Revista de Processo*. vol. 247. p. 353-384, set-2015.

coletiva de direitos, com base em dispositivos legais de nosso próprio ordenamento. Consoante Hermes Zaneti Jr⁴⁵, consolidado esse microssistema jurídico e diante da realidade de uma sociedade de massas em certa medida protegida pela tutela de direitos coletivos, novos estudos passaram a reivindicar a melhor adequação do procedimento, por meio da experiência de processos estruturantes na adjudicação de determinadas causas que o Judiciário Americano veio a julgar a partir de 1950.

No Brasil, a primeira discussão sobre este tipo de procedimento para casos complexos teve início com o convite, realizado pela Fundação Getúlio Vargas (doravante, FGV), por meio da Faculdade de Direito, para que Owen Fiss, professor da *Yale Law School*, realizasse a apresentação de sua obra inaugural sobre os dois modelos de adjudicação civil que acreditava existirem nos Estados Unidos⁴⁶.

A palestra, ocorrida em 13 de junho de 2005, na cidade do Rio de Janeiro, foi publicada em forma de transcrição para embasar futuros estudos acadêmicos acerca do tema. Na publicação, Owen Fiss analisa o julgamento de *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)⁴⁷, afirmando se tratar do *leading case* inaugural sobre processos estruturantes nos EUA. Na decisão sobre esse caso, a Suprema Corte Americana declarou inconstitucional o sistema de ensino que separasse alunos negros e brancos em salas ou escolas diferentes, não se coadunando com a sua décima terceira emenda⁴⁸. Esse modelo racista de sociedade, como mencionado, permanecera legitimado judicialmente desde a formulação da doutrina do “*separate but equal*”, firmada através do julgamento de *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), que não identificou inconstitucionalidade na separação de raças realizada pelo sistema público, porque se estaria garantindo igual proteção jurídica todos⁴⁹.

⁴⁵ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; ZANETI Jr, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁴⁶ *Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School)*: Salão Nobre da Fundação Getúlio Vargas: São Paulo, 13 de junho de 2005 Organização: DIREITO GV e IDESP.

⁴⁷ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em 5 de agosto de 2018.

⁴⁸ Constituição americana disponível em: Disponível em: <http://uscode.house.gov/static/constitution.pdf>. Acesso em 29 de julho de 2018.

⁴⁹ Como se lê no fragmento em inglês: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Acesso em 5 de agosto de 2018.

Com a sentença sobre o caso Brown, o Poder Judiciário Federal tornou-se o epicentro da missão constitucional de erradicação e liquidação da estrutura discriminatória da sociedade americana⁵⁰. De instituição capaz apenas de garantir direitos para um indivíduo, a Corte transformou-se em órgão capaz de regular comportamentos e estruturar práticas institucionais da sociedade que fossem incompatíveis com a Constituição⁵¹. Desenvolveu-se, a partir dessa sentença, a compreensão jurídica de que o Judiciário poderia servir à reconstrução de valores públicos⁵² pela via judicial e identificou-se uma nova forma de adjudicação (*adjudication*) de direitos. Owen Fiss⁵³ denominou esse tipo de decisão abrangente de reforma estrutural (*structural reform*). Além disso, para ele, a *Adjudication* consistiria no processo judicial em que valores constitucionais passam a ter significado e expressão concreta na sociedade. A *structural reform* consolidou-se como modelo que compartilha as mesmas funções sociais do Poder Judiciário, mas reflete a tendência de reformar organizações burocráticas que, em larga escala, dominam a sociedade no mundo contemporâneo e ameaçam, de algum modo, os valores constitucionais.

Owen Fiss⁵⁴, ademais, expõe a opção estratégica do Judiciário por esse tipo de reforma estrutural, em meados das décadas de 1960 e 1970, diante da ameaça realizada por organizações burocráticas aos valores constitucionais. A cominação poderia não ser eliminada, mas, ao menos, os procedimentos que levavam à prática inconstitucional reiterada sofreriam restrições crescentes. Cabe salientar aqui que, no processo individual americano, de um modo geral, a justiça pode condenar criminalmente o violador à prisão ou à indenização civil por perdas e danos (*damaged judgment*). Esse assunto será melhor abordado no capítulo IV.

Na reforma estrutural, com o resgate da técnica de equidade inglesa (*equity*), por meio das *injunctions*, o juiz passou a *proferir* certo conjunto de ordens formais de obrigação de fazer ou não fazer⁵⁵, que até então não eram usualmente praticadas, embora permitidas pelo sistema *common law*. No Brasil, ordens semelhantes, ainda que por motivos diversos de existência,

⁵⁰ Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School): Salão Nobre da Fundação Getúlio Vargas: São Paulo, 13 de junho de 2005 Organização: DIREITO GV e IDESP. p. 29.

⁵¹ MARTIN JR., Waldo E. *Brown v. Board of Education – A Brief history with documents*. Bedford e St. Martins's, 1. ed., 272 p. 1998.

⁵² FISS, Owen. A Vision of the Constitution. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. vol. 243. 1978.

⁵³ FISS, Owen. Transcrição. 2005. Op., cit., p. 29. Ibid.

⁵⁴ FISS, Owen. Transcrição. 2005. Op., cit., p. 30. Ibid.

⁵⁵ FISS, Owen. The Social and Political Foundations of Adjudication. In: *The Law as It Could Be*. Nova Iorque: New York University Press, 2003.

encontraram amparo dogmático (e função similar, mas oriunda de outra tradição), por meio dos artigos 536 a 538 e art. 139, IV, do Código de Processo Civil – CPC.

Os estudos desenvolvidos por Owen Fiss, originalmente publicados entre 1978 e 1979⁵⁶, tornaram-se acessíveis, no Brasil, a partir de 2005, depois de transformados em livro pela escola de direito da FGV. Contudo, em que pese a relevância de sua pesquisa, podemos creditar a origem do debate doutrinário sobre essa nova forma de litigação, nos EUA, a Abram Chayes⁵⁷, que publicou seu estudo sobre o Processo de Interesse Público (*Public Law Litigation*), antes de Owen Fiss, no ano de 1976. Todavia, o estudo de Chayes só veio a ser apresentado ao Brasil em anos posteriores.

Abram Chayes⁵⁸ analisou a realidade prática e experimental vivenciada pelas Cortes Federais Americanas, identificando as decisões contra instituições violadoras de preceitos constitucionais no século XX. Seus estudos apontaram que as deliberações tinham o condão de reformar instituições, portanto, objetivos diversos daqueles tradicionalmente restritos ao contencioso civil, majoritariamente baseado na tutela individual de direitos, por meio de reparações pecuniárias, ou da aplicação de penas restritivas de liberdade. Para o autor, o direito norte americano de 1970 estaria testemunhando o surgimento de um novo modelo de contencioso civil, que não se encaixaria nos pressupostos e na estrutura do processo individual, em especial, naquilo que compreende a funcionalidade da Corte e os limites e legitimidade do juiz, sua atuação no caso em concreto e sua autoridade (*inherent power*)

Abram Chayes⁵⁹, chamou atenção para o fato de que, tradicionalmente, o processo civil visa a solucionar disputas entre particulares, bem como conflitos relacionados a direitos privados.

⁵⁶ FISS, Owen. *The Civil rights Injunction*, Indiana University Press, Bloomington, 1978; *A Vision of the Constitution. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Vol. 13. Ed. 243, 1978, republicado em: *Maryland Law Review*. ed. 401. vol. 40. 1981; FISS, Owen; COVER, Robert M. *The Structure of Procedure*. Ed. Foundation Press, New York, 1979; *The Forms of Justice. Harvard Law Review*. ed. 93. vol. 1, 1979.

⁵⁷ CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, 1976.

⁵⁸ “We are witnessing the emergence of a new model of civil litigation and, I believe, our traditional conception of adjudication and the assumptions upon which it based provide an increasingly unhelpful, indeed misleading framework for assessing either the workability or legitimacy of the roles of judge and court within this model”. In: CHAYES, Abram. *Op., Cit.*, p.1282. 1976.

⁵⁹ “In our received tradition, the lawsuit is a vehicle for settling disputes between private parties about private rights⁵⁹. The defining features of this conception of civil adjudication are: (i) The lawsuit is bipolar. Litigation is organized as a contest between two individual or at least two unitary interests, diametrically opposed, to be decided on a winner-takes-all basis. (ii) Litigation is retrospective. The controversy is about an identified set of completed events: whether they occurred, and if so, with what consequences for the legal relations of the parties. (iii) Right and remedy are interdependent. The scope of the relief is derived more or less logically from the

Ele ainda resumiu esse tipo tradicional de processo, a partir das seguintes características: (1) litigação bipolar; (2) retrospectiva, ou voltada a reparar danos ocorridos no passado; (3) direito e remédio interdependentes – do direito material violado, nasce a obrigação de indenizar pelo dano causado; (4) a decisão do caso atinge, somente, as partes envolvidas; (5) a ação judicial é iniciada pela parte autora e controlada pelas partes, enquanto o juiz atua como árbitro neutro de resolução de disputas entre particulares.

Esse modelo tradicionalmente adversarial de adjudicação civil identificado por Abram Chayes é apresentado por Owen Fiss⁶⁰ como *dispute resolution*, ou solução de controvérsias, situação clássica em que um terceiro (judiciário), estranho ao conflito entre atores privados, decide a disputa levada à adjudicação. Nessa linha de raciocínio, tanto Chayes, quanto Fiss consideram o modelo tradicional insuficiente para atingir os objetivos de modificação de estruturas burocráticas violadoras de valores constitucionais, visto que se depara, basicamente, com duas partes que têm interesses muito distintos (polos ativo e passivo). Portanto, não se dequa à solução de conflitos entre diversos grupos sociais, emergentes na contemporaneidade e inseridos no contexto de litígios complexos.

Para ambos, o procedimento judicial tradicional é marcadamente individualista e binário, pois visa somente a julgar procedente ou improcedente o direito material de uma parte quando violado por terceiro. No entanto, enquanto Owen Fiss direcionava seus estudos para o novo modelo de adjudicação civil, a partir de técnicas executivas de efetivação estrutural de litígios complexos, Abram Chayes, inicialmente, preocupava-se em fornecer as características mais gerais sobre o modelo de adjudicação, compreendido dentro da lógica de tratamento dos litígios de interesse público (*Public Law Litigation*), visando a separar esse tipo de adjudicação do modelo tradicional.

substantive violation under the general theory that the plaintiff will get compensation measured by the harm caused by the defendant's breach of duty – in contract by giving plaintiff the money he would have had absent the breach; in tort by paying the value of the damage caused. (iv) The lawsuit is a self-contained episode. The impact of the judgment is confined to the parties. If plaintiff prevails there is a simple compensatory transfer, usually of money, but occasionally the return of a thing or the performance of a defined act. In either case, entry of judgment ends the court's involvement. (v) The process is party-initiated and party-controlled. The case is organized and the issues defined by exchanges between the parties. Responsibility for fact development is theirs. The trial judge is a neutral arbiter of their interactions who decides questions of law only if they are put in issue by an appropriate move of a party". In: CHAYES, Abram. Op., cit., p. 1282-1283. 1976.

⁶⁰ FISS, Owen. The Social and Political Foundation of Adjudication. *Law and Human Behavior Journal*, vol. 6, n. 2, pags. 121-128. 1982.

Importante asseverar que a expressão *Public Law Litigation* deve ser compreendida de forma mais ampla, isto é, enquanto modelo de adjudicação de direitos que são da coletividade e em oposição aos direitos individuais, tradicionalmente já tutelados e que não se confundem com o interesse do Estado. Mais ainda: entendemos que essa compreensão se coaduna justamente com a ideia central de ambos os autores, a de que essa nova forma de litigação civil difere completamente do processo civil tradicional individual, não se tratando, portanto, apenas de solução de conflitos com origem no Estado, mas de uma tutela judicial para conflitos de grande interesse público, em razão das violações sistemáticas a direitos ou valores constitucionais pertencentes a toda sociedade.

Abram Chayes, inclusive, identifica essa característica como dominante na adjudicação desenvolvida pelas Cortes Federais Americanas entre os anos 1950, 1960 e 1970. A resposta aos conflitos públicos não envolvia apenas a solução de disputas entre atores que buscavam a proteção de direitos privados, mas também a deliberação sobre a reivindicação coletiva de valores constitucionais ameaçados ou, ainda, do controle judicial de políticas públicas em desacordo com direitos fundamentais de minorias desamparadas pela política majoritária. Nesse sentido, compreende-se o termo *public law litigation*⁶¹, ramo processual cujo tratamento judicial diferenciado ocorre em razão do direito material, objeto da pretensão se referir a um interesse público.

Owen Fiss⁶², entretanto, ao invés de despender esforços em agrupar as características comuns do processo judicial para adjudicação de interesse público, concentrou seus estudos na sentença estrutural e no modo de implementação de sanções judiciais viáveis para a garantia de direitos, expondo o uso asseverado de *injunctions*. A reforma estrutural insere-se, assim, nas formas como a jurisdição implementa decisões em litígios constitucionais complexos, por meio de ordens onde as Cortes não têm a única, ou a última, palavra sobre o assunto, mas se pronunciam e recomendam, com muita autoridade, o procedimento considerado justo e capaz de solucionar adequadamente o litígio proposto.

⁶¹ “Perhaps the dominating characteristic of modern federal litigation is that lawsuits do not arise out of disputes between private parties about private rights. Instead, the object of litigation is the vindication of constitutional or statutory policies. The shift in the legal basis of the lawsuit explains many, but not all, facets of what is going on “in fact” in federal trial courts. For this reason, although the label is not wholly satisfactory, I shall call the emerging model “public law litigation”. In: CHAYES, Abram. Op., Cit., p. 1284. 1976.

⁶² *Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School):* Salão Nobre da Fundação Getúlio Vargas: São Paulo, 13 de junho de 2005. Organização: DIREITO GV e IDESP.

Quanto ao Brasil, pelo que se observou, as primeiras publicações sobre processo estruturante ocorrem apenas no século XXI, tendo tomado como ponto de partida as considerações de Owen Fiss, publicadas entre 1978 e 1979, sobre *structural injunction*, nos EUA. No entanto, os primeiros conceitos e características dessa técnica de adjudicação, forçoso reconhecer, foram desenvolvidos por Abram Chayes, a partir de publicação realizada em 1976, sob o olhar e compreensão a respeito da emergente forma de adjudicação civil denominada de *Public Law Litigation*.

De todo modo, ambos os estudos inaugurais partiram de perspectiva comum sobre a insuficiência do processo tradicional para adjudicar direitos constitucionais com vistas a reestruturar instituições inteiras. Há, porém, relevantes diferenças conceituais importadas pela doutrina nacional que trazem problemas para o uso de processos estruturantes. Para os objetivos desta dissertação, interessa investigar as distinções conceituais empregadas no Brasil pela doutrina primária, a fim de se verificar se é possível a adoção de compreensão comum a respeito dos processos estruturantes.

1.2. Public law litigation e structural injunction

Após salientar os estudos primários sobre o processo estruturante nos EUA, observou-se que a doutrina brasileira partiu da teoria de Owen Fiss, especialmente, do conceito de *structural injunction*. Como dito, porém, Abram Chayes foi o primeiro a publicar estudos sobre o tema nos EUA, concentrando sua abordagem no *Public Law Litigation*. Enquanto Abram Chayes visou traçar características mais gerais do modelo de adjudicação e tratamento de litígios de interesse público, Owen Fiss debruçou-se sobre técnicas executivas para a efetivação estrutural de conflitos complexos, problema não abordado diretamente por Abram Chayes.

Identificadas tais variáveis, verificou-se como adequada a compreensão do conceito de *Public Law Litigation*, que lhe compreende como a tutela coletiva de direitos com interesse público, e não apenas como a tutela de direitos públicos, confundidos enquanto interesses do Estado. Essa premissa, conforme se demonstrará, será guia para identificação do processo estrutural, porque se relaciona com a tutela de interesse público pela jurisdição.

Contextualizar a recepção das obras é relevante para compreender como autores nacionais perceberam o conceito de Abram Chayes nas questões que envolviam controle judicial de

políticas públicas. Susana Henriques Costa⁶³, inicia seus estudos sobre processos para adjudicação de interesses públicos, nesta perspectiva, com foco diverso de estudos que priorizam o conceito desenvolvido por Owen Fiss. Ressalta o processo estruturante como instrumento de controle político e prospectivo de políticas públicas. Pesquisas que limitam o conceito de *public law litigation a uma perspectiva strictu sensu*, divergem da proposta que será abordada nesta dissertação, por identificarem o procedimento estruturante com foco em adjudicações de políticas públicas, limitando-se a existência de interesses metaindividuais antagônicos, mas legítimos a grupos sociais diversos⁶⁴, que podem ser reparados quando violados, ou realizados por políticas públicas, que passam a ser revisadas de modo diferenciado.

Em outro prisma, Sérgio Cruz Arenhart⁶⁵ abraça o conceito de *structural injunction*, cunhado por Owen Fiss, ao perceber que em conflitos que não se adequam os modelos de estruturação do processo individual ou coletivo sob base bipolar, um processo estruturante poderia ser utilizado, sendo uma necessidade de qualquer sistema jurídico moderno que pretenda lidar com casos complexos de maneira racional. Neste caso, o alcance de seu uso se relaciona com o controle de políticas públicas, quando configurado a complexidade que demonstre a inadequação do modelo processual tradicional de adjudicação, mas também naqueles problemas que demandem intervenção judicial em instituições privadas, porque o contexto de violação de direitos coletivos para ser tutelado adequadamente, necessita de uma sentença estrutural.

Acredita-se que a doutrina brasileira apresenta certo ecletismo teórico, tal como observado por Edilson Vitorelli⁶⁶, sobre a percepção do fenômeno e o alcance de seu uso. Por vezes, a expressão processo civil de interesse público (*Public Law Litigation*) passa a espelhar tão somente o controle de políticas públicas enquanto sinônimo de processos estruturantes, derivado da tese de Abram Chayes. Outras vezes, a expressão processos estruturante

⁶³ GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

⁶⁴ DA COSTA, Susana Henriques; FERNANDES, Débora Chaves, *Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas – Relatório Brasil*. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. ano 38, v. 225. p. 16. 2013.

⁶⁶ VITORELLI, Edilson. *Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos Conceituais*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 7. p. 8, Jan-Jun, 2018.

(*Structural Injunction*), derivada de Owen Fiss, possui o sentido de reformas em instituições burocráticas públicas ou privadas para efetivação de direitos constitucionais.

Edilson Vitorelli⁶⁷ distingue, todavia, o Processo de Controle de Políticas Públicas, do Processo Estruturante. Para ele, este último visa à reformulação das instituições burocráticas que ameaçam valores constitucionais, por intermédio da atuação da jurisdição. Nesta diferenciação, Vitorelli usa o termo litígio irradiado estrutural como um tipo de conflito complexo, que demandará de um processo estruturante para que a adjudicação possa reformular a estrutura burocrática causadora. Ou ainda, de alguma forma, um conflito responsável pela existência da violação que origina o litígio. Já processos de interesse público são demandas nas quais se pretende efetivar direito negado ou omissos pelo Estado, não apenas para a parte envolvida, mas para toda a sociedade de potenciais destinatários da decisão judicial, numa ruptura do comportamento violador⁶⁸.

Vitorelli identifica, ao menos, três diferenças marcantes entre o processo de interesse público e o processo estrutural. São elas: (1) o processo de interesse público, não necessariamente, implica uma reestruturação da organização, mas, sim, a implementação de direito já garantido, porém não efetivado. Nesses casos, o reforço da legalidade judicial é suficiente para solucionar o problema, o que, embora possa ser efetivado por meio de medidas estruturais, nem sempre o será; (2) processos de interesse público podem ser conduzidos por vias diversas do processo coletivo, o que não aconteceria com o processo estrutural. A reestruturação da instituição demandaria a formação do processo coletivo como via adequada. Sendo assim, enquanto todo processo estrutural é processo coletivo, qualquer processo judicial poderia ser de interesse público, desde que se busque a implementação de direitos sob a responsabilidade do Estado para todos os indivíduos que integram a sociedade; (3) processos de interesse público, de acordo com seu recorte conceitual, voltar-se-iam, apenas, contra o Estado.

Com razão, Edilson Vitorelli⁶⁹, considera fundamental compreender as limitações redutoras sobre o alcance dos conceitos de *Public Law Litigation* e *Structural Injunction*. Acredita-se que será útil perceber que o conceito de *Public Law Litigation* pode estender seus efeitos

⁶⁷ Ibidem, p. 07.

⁶⁸ Ibidem, p. 08.

⁶⁹ Ibidem., p. 10.

tanto ao procedimento apto para controle de políticas públicas, como ao uso de *Structural Injunction* em situações que demandem decisões estruturais e/ou providências singulares e de implementação complexa, em que os problemas não envolvam apenas os interesses do autor e réu. Aplicar o conceito apenas para o controle de políticas públicas, compreendendo apenas este ato como um processo estruturante, tornaria o conceito pouco aproveitado. Neste caso, a preocupação doutrinária ao estabelecer conceitos nacionais em perspectiva comparada com os estudos desenvolvidos nos EUA, contribui quando compreende os conceitos identificando aquilo que seja o processo estrutural e sua função para a tutela de direitos em litígios policêntricos⁷⁰.

O estudo comparado de Linda Mullenix⁷¹ sobre a compreensão que países de *common law* possuem sobre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, contribui para compreender essa abordagem, porque indica que o entendimento sobre a expressão “interesse público” em *Public Law Litigation* poderia ocorrer como sinônimo para a proteção de direitos coletivos oferecida em países de *civil law*, como o Brasil, por exemplo. Da aproximação entre direitos coletivos e difusos com *Public Law Litigation*, Humberto Theodoro e Dierle Nunes⁷² afirmam que “nos Estados Unidos, as expressões *public interest litigation* e *public interest law* são utilizadas quando o direito é relacionado ao interesse de uma coletividade em oposição a normas de interesses individuais”. Já Gismondi⁷³ considera que a transposição das expressões para o Brasil, em sentido amplo, significa a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, de situações jurídicas coletivas, ativas ou passivas e, em sentido *stricto*, a defesa de interesses contramajoritários à luz dos valores amarrados pela Constituição.

Assim, as expressões *public interest litigation*, *public interest law*, ou mesmo *public law litigation* parecem significar a existência de uma nova forma de adjudicação civil, em decorrência do interesse público acentuado em direitos fundamentais coletivos emergentes às

⁷⁰ VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos Conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. São Paulo. vol. 7. p. 8, Jan-Jun, 2018.

⁷¹ MULLENIX, Linda. General report – common Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. P. 253-300. 2008. 298 pgs.

⁷² THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*, v. 38, n. 224, p. 121-153, out-2013. p. 129.

⁷³ GISMONDI, Rodrigo Altenburg Odebrecht Curi. *Processo civil de interesse público e medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 54.

novas funções do judiciário, advindas com o Estado de Bem-Estar Social⁷⁴. De modo geral este tipo de tutela pode utilizar-se de um processo estruturante quando se referir a litígios policêntricos, mas também de outros meios de proteção já previstos para direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no ordenamento.

Certamente as características apontadas como sendo comuns a esse tipo de adjudicação, tanto por Owen Fiss, quanto por Abram Chayes, não são pacíficas nem mesmo na doutrina americana e qualquer afirmação generalizante, para seu uso no Brasil, ainda que baseada em ambos os autores, sempre deverá, portanto, ser feita com parcimônia.

Embora o termo processo estruturante como medida de execução das decisões judiciais seja de autoria Owen Fiss⁷⁵, as características distintivas sobre as insuficiências do modelo individual de processo e a emergência de um novo modelo de litígio foram desenvolvidas por Abram Chayes⁷⁶. Theodore Eisenberg e Stephen Yeazell⁷⁷ mostram as contradições existentes nas características distintivas afirmadas por Abram Chayes e Owen Fiss. De certa forma, algumas características isoladas como conceitos desse tipo de litigação civil também se encontrariam inseridas no âmbito dos processos individuais, o que denota a contradição semântica dos conceitos.

Independente da discussão sobre as diferenças características distintivas dos processos estruturantes em face dos demais procedimentos, foi Chayes quem cunhou o termo *public law litigation model*⁷⁸, mas sua recepção não deveria ser compreendida em sentido literal, posto que conforme abordado, os efeitos que indicam a necessidade de seu uso, não são percebidos somente no controle de políticas públicas. A expressão, de fato, visa a distinguir o tratamento

⁷⁴ ZANETI Jr., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (coords). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

⁷⁵ Para conhecer mais sobre o pensamento do autor: FISS, Owen. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, vol. 93. n. 1. pags. 01-58. 1979; FISS, Owen. The Civil Rights Injunction. *Indiana University-Bloomington School of Law*. vol. 7, 1978. *Coleção Adison Harris Lecture*. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=harris>

⁷⁶ CHAYES, Abram. *The role of judge*. Op., Cit., p. 1284.

⁷⁷ EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. Cambridge: *Harvard Law Review*. v. 93, n. 3, p. 465-517, jan-1980.

⁷⁸ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, 1976, já referenciado no primeiro capítulo deste trabalho, é referencial teórico recorrente dentre os autores que abordam processos estruturantes e processo para interesse público, sendo o 11º artigo mais citado da história da academia estadunidense até o ano de 2012. Essa constatação, reflete sua especial relevância nas pesquisas que abordam o assunto. In: SHAPIRO, Fred R; PEARSE, Michelle. The most-cited law review articles of all time. *Michigan Law Review*. vol. 110, n. 8. 2012.

conferido a litígios ordinários, do concedido àqueles litígios complexos, nos quais os direitos fundamentais, de acentuado interesse público, se inserem. Para a proteção desses direitos, segundo Chayes, pode ser necessário reestruturar instituições públicas ou privadas que, por seu estado burocrático de condutas omissivas, comissivas ou ativas, provocam dano a determinados grupos da sociedade que não irão cessar apenas por meio de uma condenação pecuniária ou criminal.

Nessa linha de raciocínio, identifica-se que, num primeiro momento, ao se referir ao *Public Law Litigation*, parte da doutrina lhe percebe apenas no contexto da adjudicação de direitos coletivos em controle de políticas públicas. Outra vertente, se apoiando nas possibilidades tratadas pelo conceito de Owen Fiss sobre *structural injunction*, percebem como adequado o uso de processos estruturais como meio de lidar em qualquer caso complexos, que pode ser identificado em sede do controle de políticas públicas, mas também como meio de intervenção em relações privadas para adjudicar direitos fundamentais⁷⁹.

Imprecisões sobre o alcance de seu uso, pode limitar o potencial do uso processos estruturantes como técnica para tratamento de conflitos. Assume-se a necessidade de escolher uma abordagem comum coerente com o alcance e uma tutela em processo estruturante. O levantamento dos conceitos sobre o fenômeno será examinado, mas não sem antes abordar-se em tópico específico, de que forma a jurisdição vem compreendendo o uso desta técnica adjudicatória para a interpretação de direitos constitucionais.

1.3. Jurisdição e processos estruturantes

Segundo Owen Fiss⁸⁰, a legitimidade judicial, em litígios constitucionais, não se encontra apenas no dever do juiz de se pronunciar sobre os fatos trazidos até ele, ou em sua obrigação de escutar as partes antes de decidir, muito menos depende dos atributos pessoais ou do conteúdo argumentativo que sua decisão foi capaz de encerrar. Na realidade, a autoridade do juiz e a efetividade de sua decisão, no exercício da interpretação constitucional, dependem da

⁷⁹ Apenas a título exemplificativo, podemos citar como autora que se aproxima da abordagem de Abram Chayes: COSTA, Susana Henriques. Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Geral do Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. n. 57. jul-set. 2015. De modo contrário, asseverando a abordagem de Owen Fiss na doutrina nacional: ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Ed. Quartier Latin. 2005.

⁸⁰ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. (tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles). São Paulo: RT. 2004.

qualidade do procedimento legal que o levou a decidir. Em outras palavras, da capacidade de se distanciar das partes envolvidas e dos atores políticos para realizar julgamento de acordo com a constituição⁸¹.

Nesse contexto, quando instado a atuar no campo de direitos constitucionais e na esfera de controle de ações de outros poderes (*judicial review*), a neutralidade do juiz, na disputa da controvérsia, deve ser capaz de transcender preferências pessoais para estabelecer premissas e argumentos que possam ser considerados “constitucionais”⁸², no exercício de sua interpretação.

Sustentando o papel das cortes na interpretação da Constituição e na intervenção em conflitos de interesse público, Owen Fiss aponta outros processos ou métodos para dar significado aos valores constitucionais, mas considera a adjudicação o único método, no estado democrático de direito, acessível ao juiz. O processo de adjudicação de direitos, portanto, possibilita também o controle democrático sobre os limites de atuação do juiz e, principalmente, garante uma conexão conceitual fechada. O alcance do poder do magistrado para interpretar valores constitucionais violados atrela-se ao meio instrumental do processo, o que torna contingente o tipo de decisão tomada no caso concreto⁸³, afastando o viés autoritário da prevalência de sua posição, quando compreendida a partir do modo como ele irá adotar a resolução da controvérsia.

Marco Felix Jobim⁸⁴ robustece o debate sobre a jurisdição como esse *médium* que interpreta valores constitucionais com controles democráticos, tomando em consideração a aplicabilidade dos processos estruturantes no país. Com base na doutrina de Owen Fiss, o autor⁸⁵ vislumbra, na tradição normativa do Supremo Tribunal Federal – STF, exercícios regulares de interpretação constitucional, o que abriria a implementação de medidas estruturantes. Assim, a implementação das referidas medidas poderia se dar por meio da Corte superior, por intermédio de decisões emanadas em controle de constitucionalidade das leis,

⁸¹ FISS, Owen. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, ed. 93, n. 1, 1979.

⁸² FISS, Owen. *Um novo processo civil*. Op. Cit. p. 16, 2004. Ibid.

⁸³ Ibidem., p. 16.

⁸⁴ JOBIM, Marcos Félix. *Medidas Estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado. 2013.

⁸⁵ JOBIM, Marco Félix. *As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do supremo tribunal federal para sua implementação*. Tese (Doutorado) – Faculdade Direito, Pós-graduação em Direito Público, PUCRS. Orientador: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner, p. 214, 2012. Acesso em 20 de outubro de 2018 - <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4203/1/445030.pdf>.

tanto no modelo abstrato, quanto no difuso, em sede de recurso extraordinário, com repercussão geral. O autor sustenta, ainda, que essa postura normativa guarda semelhanças com a perspectiva de ativismo judicial experimentada nas ações afirmativas americanas, entre os anos 1950 e 1970. Tais ações são mais bem compreendidas quando vistas como postura ativa do magistrado para concretizar promessas constitucionalizadas⁸⁶.

Desse modo, nesse cenário de adjudicação de direitos sociais e valores públicos, a Jurisdição, se devidamente provocada, atua de maneira diferenciada, para que os valores constitucionais, que são interpretados por ela, possam ser protegidos. O STF, nessa perspectiva, estaria investido de legitimidade democrática para a normatização de condutas, em razão da própria permissão constitucional de sua interpretação pelas cortes, não se acreditando haver déficit democrático em decisões que concretizam o texto constitucional⁸⁷.

Fredie Didier, Hermes Zaneti Jr e Rafael de Oliveira entendem que “o ativismo judicial⁸⁸ [rectius.: ativismo da lei e da Constituição] utilizado de uma forma correta, pode trazer benefícios extremos ao cumprimento das decisões emanadas pelas Cortes Superiores”⁸⁹. Tal afirmação parece dialogar com Marco Felix Jobim, que afirma:

[...] quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis que possam modificar esse ambiente ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar, é o Poder Judiciário que deverá intervir, em ambos os casos, por meio de processos individuais ou coletivos. A esse fenômeno dá-se o nome de ativismo judicial, em contraposição à autocontenção judicial, o que, em alguns casos, pode trazer benefícios e em outros prejuízos, sendo que o que ora se defende é que num ativismo judicial equilibrado a tendência do acerto é maior que a do erro.⁹⁰

⁸⁶ Ibidem., p. 214.

⁸⁷ Ibidem., p. 214.

⁸⁸ Atualmente, os autores optaram por não utilizar o termo por compreenderem a existência de diversas violações ao garantismo no Brasil. Desse modo, preferem asseverar a atividade, indicando a postura proativa do juiz como resultado de certas características inquisitoriais necessárias para a tutela de processos coletivos. Ver: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 12a ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael; Notas sobre as decisões estruturantes (notes about structural injunctions). *Civil Procedure Review*. v.8, n.1. pags. 46-64. 2017. p. 51.

⁹⁰ JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes*, Op., Cit., p. 104. 2013.

Sobre a relação da estrutura de processo, os novos direitos e a efetivação de valores constitucionais em litígios complexos, Ada Pellegrini Grinover⁹¹ sustentou que a teoria tradicional do processo deve passar por mudanças. Para a jurista, a finalidade instrumental do Processo exige, antes de tudo, que ele se adapte às necessidades de cada um dos direitos a serem adjudicados, sob o risco de se tornar ineficaz, obsoleto. O instrumento não poderia servir para o seu próprio fim, sob pena de ser inútil. Nesse sentido, diante da atual complexidade dos ordenamentos jurídicos, formados por microssistemas muito distintos entre si, deve-se reconhecer que não há como sustentar a existência de modelo único de processo capaz de servir a todos os direitos constitucionais.

Foi diante desse contexto que se passou à discussão acerca de novas modalidades de tutela jurisdicional diferenciadas, de modo a permitir o exercício de determinadas faculdades ao juiz, ou às partes, e adaptar o procedimento tradicional, de acordo com as especificidades de cada causa, como tentativa de adequar a régua à pedra na busca de efetiva justiça. Na tutela diferenciada de direitos, inserem-se os procedimentos denominados de processos estruturais. Na compreensão de Ada Grinover⁹², esses processos voltam-se à tutela de direitos, cuja atuação não visa a promover atos isolados ou medidas estanques de adjudicação, mas soluções que demandam diálogo e cooperação ao longo de todo o procedimento. Além disso, demandam a adoção de medidas flexíveis, que podem ser alteradas de acordo com a modificação das circunstâncias fáticas, com o objetivo de entregar o direito reclamado à adjudicação.

Em linha de raciocínio semelhante sobre tipos de tutelas diferenciadas, Jordão Violin⁹³ ressalta que, em determinados momentos, a jurisdição assume função eminentemente política e isso já se encontra configurado em diversas situações atípicas experimentadas na realidade prática das decisões judiciais dos tribunais brasileiros. No que tange a essas tutelas diferenciadas, Marco Felix Jobim⁹⁴ cita como *leading cases* que utilizaram certas características estruturantes em sede do Supremo Tribunal Federal i) a ADI n. 3510, sobre o artigo 5 da Lei de biossegurança; ii) a ADI n. 4.277 e a ADPF n. 132 sobre a união estável de

⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo, Brasília: *Gazeta Jurídica*, 2016, p. 48 e ss.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Op. Cit., p. 48. 2016.

⁹³ VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões política*. Salvador: JusPodvm, p. 65-66. 2013.

⁹⁴ JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes*. Op., Cit., p. 171-185. 2013.

pessoas de mesmo sexo; iii) a ADPF n. 54 sobre o caso do feto anencefálico; iv) a AP n. 3.388 sobre as imposições mandamentais contidas no voto do ministro Menezes Direito sobre a demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, o mandado de injunção n. 708 e o direito de greve dos servidores públicos civis.

Deve-se observar, contudo, que o STF não é o único detentor da execução estrutural de soluções em litígios complexos, pois a própria Corte pacificou que atos de política pública ou de ingerência no executivo podem ser controlados por todos os níveis do judiciário quando em atenção a direitos fundamentais (Pleno. SL 47-AgR/PE. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje 29.04.10; 1ª Turma. RE 628.159-AgR/MA. Rel. Min. Rosa Weber, Dje 14.08.13; 1ª Turma. AI 810.410-AgR/GO. Rel. Min. Dias Toffoli. Dje 07.08.13; 2ª Turma. RE 700.227-ED/AC. Rel. Min. Carmen Lúcia. Dje 29.05.13; 2ª Turma. RE 563.144-AgR/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje 15.04.13)⁹⁵.

Verifica-se, portanto, que os estudos brasileiros sobre processos estruturantes, em que pese se encontrarem em franca produção, tomam por base as obras inaugurais de Owen Fiss e Abram Chayes e possuem início recente, se comparados às discussões sobre tutela coletiva de direitos iniciada na década de 1970. Ademais, encontra-se em estágio embrionário o alcance sobre os aspectos de eficiência, que é um pilar moderno de sustentação do procedimento judicial americano⁹⁶, inicialmente desenvolvido pela *Law and Economics*, capitaneada pela Escola de Chicago e que aborda os custos das decisões judiciais e do acesso à justiça, bem como os efeitos estratégicos que decisões estruturantes possam provocar⁹⁷, motivo pelo qual esses temas não serão alvo deste trabalho.

⁹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. vol. 225. pags. 389-410. nov.- 2013. p. 10.

⁹⁶ TIDMARSH, Jay. TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Ed. Foundation Press, pag. 04. 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23;

⁹⁷ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Ed. Boston Little, Brown and Company, 1973. 415 pags; TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2002; HADFIELD, Gillian K. The Cost of Law: Promoting Access to Justice through the (Un)Corporate Practice of Law. *International Review of Law and Economics*. 4. ed., 2013. Disponível por SSRN em: <https://ssrn.com/abstract=2333990>; BEN-SHAHAR, Omri. The Paradox of Access Justice, and Its Application to Mandatory Arbitration. *University of Chicago Law Review, Chicago*, vol. 83. pag. 1755-1816, 2016. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/paradox-access-justice-and-its-application-mandatory-arbitration>; BUSCAGLIA, Edgardo. Law & Economics of the Human Rights to Access Justice. *Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, Berkeley, vol. 1. 1 ed., 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/7594/51f6736cec1bb929cfe19ab17ca73e98fd0c.pdf>; ASH, Elliott; CHEN. Daniel L.; NAIDU, Suresh. *Ideas Have Consequences: The Effect of Law and Economics on American Justice*. Junho-2017. Não publicado. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2992782>.

Também são recentes determinados argumentos que abordam o objeto desta pesquisa, para além do método de estruturação do processo para as partes no caso concreto, compreendendo novas maneiras de se realizar a gestão judiciária racional de demandas materialmente estruturantes no Judiciário, e que adentram na forma de organização da Corte, regras de tratamento organizacional dos processos, formas de distribuição, reunião e julgamento dos pedidos e outros mecanismos de gerenciamento⁹⁸, apesar de serem significativos e entrarem no cerne da demanda, não sendo, contudo, parte desta pesquisa.

A égide do debate brasileiro, ainda, consiste em identificar: as características gerais; a origem de processos estruturantes em *leadings cases* americanos; sua diferenciação para com ações coletivas e ações individuais; o alcance das medidas estruturantes em litígios complexos e se eles se limitam ao controle de políticas públicas, ou possuem escopo mais amplo para modificar estruturas burocráticas públicas, como também privadas.

Não obstante os desafios doutrinários, pode-se compreender que a jurisdição nacional reconhece seu papel na intérprete constitucional no controle de valores públicos e, que diversos casos paradigmáticos pioneiros já indicam atenção dos Tribunais para propostas de resolução de conflitos pela via de processos estruturais.

Uma vez apresentadas as variáveis e diferenças entre os conceitos de Abram Chayes e Owen Fiss, as divergências conceituais de percepção sobre o fenômeno pela doutrina no Brasil e o desacordo sobre o modo como se deve exercer a jurisdição (ou como já é exercida), suscita-se a questão a ser enfrentada doravante, que se refere a investigação de uma abordagem comum de compreensão sobre os conceitos estrangeiros no Brasil.

1.4. Abordagem comum sobre os processos estruturantes no brasil

Do ponto de vista pragmático, distinções conceituais sobre os termos empregados no Brasil trazem pouco avanço. O uso de processos estruturantes não depende da existência de uma lei que regule a matéria, ou da tentativa de isolá-los dos demais ramos de processo. Eles são procedimento de adjudicação diferenciado, em especial por que se referem a um

⁹⁸ MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. *Revista de Processo*, vol. 289, 2019. p. 423-448. 2019.

comportamento da Corte e das Partes para solução do litígio, que deve ser adotado de modo diverso do modelo ordinário de adjudicação de conflitos, devendo ser encarado a partir desta perspectiva: Verificado o litígio complexo e a insuficiência do tratamento tradicional, o comportamento comum em que se estava acostumado praticar, deve ser ajustado de modo suficiente para resolver problemas constitucionais complexos pela via judicial.

O objetivo principal para seu uso é a tutela adequada das pessoas pelo direito, quando o sistema tradicional de resolução de controvérsias se demonstre inadequado para atingir seu desiderato. A visualização de sua necessidade, ocorre em contextos práticos, a partir da identificação do dano, não se amoldando facilmente a conceitos analíticos dogmáticos. Desse modo, críticas sobre conceitos de autores, ou estudos que realizem a importação do instituto sem as adaptações necessárias ao nosso modelo inquisitorial de *civil law*, não auxiliam na identificação e em sua sistematização para aplicação ao contexto de solução de conflitos complexos que observem o devido processo legal.

Importante frisar que o processo civil não existe como um fim em si mesmo, mas como o meio adjudicatório porque a Justiça oferece serviço público, que deve observar a tutela tempestiva, adequada, efetiva e justa de direitos e das pessoas⁹⁹. Jordão Violin¹⁰⁰ defende a instrumentalidade do processo como meio para a busca adequada da tutela de direitos não tradicionais. Em situações processuais experimentais, o juiz deve interpretar a Constituição nas conjunturas em que a previsão legislativa resguarda o contexto violado, reconhecendo essas situações em atendimento à própria Constituição brasileira, que conferiu o papel de intérprete ao juiz na concreção de direitos constitucionais.

Neste estudo, utilizar-se a expressão de Abram Chayes em sentido *lato*, como processo para a litigação em interesse público. Procura-se, com isso, aproveitar seu escopo nos estudos sobre processos estruturantes, não o limitando apenas ao controle de políticas públicas, mas verificando sua utilidade para o exercício judicial também no controle das ações, omissões ou inação de instituições privadas, em dissonância generalizada com os direitos constitucionais assegurados. Assim, excluem-se, das variáveis deste estudo, situações em que o controle de

⁹⁹ ZANETI JR, Hermes; MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo Valorativo e o Novo Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 272, p. 85-125, 2017.

¹⁰⁰ VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: JusPodvm, 2013.

políticas públicas não visa à adjudicação de litígios complexos, ou situações em que a tutela de direitos coletivos se desenvolve por meio do simples uso dos mecanismos processuais já empregados através do microssistema da ação coletiva, ou do processo individual tradicional.

Compreende-se, portanto, como objetivo do processo estruturante a adjudicação de direitos de interesse público. Nessa definição, distinguem-se, como caracteres, a natureza constitucional dos valores públicos discutidos e o específico escopo do juiz em tentar dar significado concreto aos valores constitucionais através da reestruturação de burocracias estatais¹⁰¹. Trata-se, como preceitua Owen Fiss¹⁰², de *gênero* dos litígios constitucionais.

Compreendida a ampliação do escopo de um processo de interesse público” (*public law litigation*) como oposto ao processo existente para a tutela de direito individual, e ainda, como útil para resolver a insuficiência dos procedimentos ordinários para a tutela coletiva, o conceito de Abram Chayes será abordado em referência ao processo estruturante. Desse modo, pretende-se cindir os estudos sobre o processo estruturante, daquele relacionado ao controle de políticas públicas, compreendendo-os como dois procedimentos disponíveis à adjudicação de direitos coletivos, havendo outros tantos que não fazem parte deste trabalho, não sendo compreendidos como sinônimos.

Cabe destacar, neste ponto, que o controle de políticas públicas possui requisitos jurisprudenciais próprios desenvolvidos no Brasil, tais como estado de coisas inconstitucional e reserva do mínimo possível, praticados quando alguma política pública¹⁰³ não guarda consonância com a Constituição. Por sua vez, o processo estruturante pode ser utilizado no controle de políticas públicas quando a Corte verificar que se depara com casos complexos, que necessitem de reforma estrutural para não se repetirem. Contudo, quando isso não ocorre, o procedimento segue sua ordem normal. Pode ainda, ser útil quando a Corte se depara com litígio complexo para sua adjudicação, mas que não se relaciona com a pretensão de controlar atos do Estado, mas reparar danos decorrentes de práticas generalizadas de instituições cuja via tradicional não se adequa à reparação integral e efetiva do direito de interesse público que se visa tutelar.

¹⁰¹ COHEN, Meir Dan. *Bureaucratic Organizations and the Theory of Adjudication*. California: *Berkeley Law Scholarship Repository*. vol. 85. n. 1. pags. 01-37. 1985.

¹⁰² FISS, Owen. *Transcrição., Op., Cit.* 2005. *Ibid.*

¹⁰³ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Ed. Juruá. 2005.

Assim, em razão do interesse público, quando violados direitos fundamentais coletivos, permite-se sua adjudicação pela Corte por meio de procedimentos de tutelas diferenciados em comparação com a via tradicional. Nem sempre, contudo, a adjudicação desses direitos será considerada processo estruturante, não obstante a compreensão de que tais direitos possuem interesse público que os distingue do interesse do Estado ou de um indivíduo.

Nos EUA, importante relacionar, que o método dos processos estruturantes foi empregado tanto em violação constitucional advinda de iniciativa estatal, em razão de violações de direitos fundamentais coletivos, por práticas reiteradas de organizações, sejam elas públicas ou privadas, quanto por danos estruturais e constantes contra grupos de cidadãos na sociedade de massa. O reconhecimento dessas infrações complexas tornou necessário o desenvolvimento de tutela diferenciada, capaz de evitar tais práticas atentatórias aos direitos e se adaptar às características *sui generis* dessas relações.

Além do já referenciado até aqui a respeito, mais um aspecto cabe mencionar: o de que violação ou omissão dos direitos constitucionais em litígios complexos pode ocorrer tanto a partir de um agente público, quanto a partir de um agente de instituição particular. Nesse caso, há a necessidade de reestruturação de determinados comportamentos, a fim de se eliminarem violações constitucionais, o que irá determinar o seu uso. Nesse contexto, independentemente do termo conceitual adotado pela doutrina ou da preferência entre os autores, pode-se concluir que o uso dos Processos Estruturais visa solucionar casos complexos que demandem reestruturação de comportamentos sucessivos.

Esta compreensão adequa o escopo do procedimento para toda e qualquer situação em que litígios policêntricos, indicam um desafio à jurisdição por tratamento adequado, independente do conflito apresentado ser discutido pela via do processo individual, coletivo, controle de política pública, ou outro meio processual, se objetivamente tais litígios possuírem forte reflexo sobre a coletividade¹⁰⁴ e indicarem uma demanda estrutural¹⁰⁵. Por sua vez, o conceito de policêntria será mais bem compreendido nos capítulos seguintes.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thais Boia (Coords.). *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum. p. 261-262. 2016.

Assim, trata-se de procedimento cuja oportunidade e conveniência de aplicação, enquanto meio adjudicatório, será analisada pela jurisdição e pelas partes, a partir das características do litígio que a corte visa tutelar, da intensidade e da complexidade dos diversos interesses em jogo e de quais são os objetivos que se visa a obter ao se proferir a decisão judicial, o que demanda melhor compreensão sobre esta perspectiva de abordagem.

2. O PROCESSO ESTRUTURANTE COMO TUTELA EM PROCESSO JUDICIAL COMPLEXO

Devidamente identificado que tanto Abram Chayes quanto Owen Fiss desenvolveram pesquisa com o intuito de diferenciar uma nova técnica de adjudicação civil emergente e adequada ao contexto das Cortes Americanas no período entre 1950 e 1980. Se observou, não obstante ambos adotarem expressões diversas para o mesmo fenômeno (*Public Law Litigation* e *Structural Injunction*), que o procedimento adjudicatório se propõe fundamentalmente a reestruturar práticas e comportamentos institucionais violadores de direitos constitucionais coletivos no ambiente de litígios complexos. Se o direito coletivo a ser tutelado não se referir à adjudicação de litígios complexos, nem visar à revisão estrutural de comportamentos institucionais, mas tão somente, à tutela reparatória de direitos, ainda que no controle de políticas públicas, ou de direitos coletivos, então não há processo estruturante.

Para uma abordagem comum, independente do conceito, ou autor que se venha a adotar, ou qual seja a parte que compõe os polos da ação judicial proposta (agente público ou privado, instituição ou indivíduo), o que define o uso do processo estruturante não é o objeto de direito material envolvido na tutela judicial, mas as características do litígio que a Corte visa à tutelar, a intensidade e a complexidade dos diversos interesses em jogo e qual resultado se almeja alcançar com a decisão judicial. A litigação de interesse público em processos estruturais não se confunde com a litigação contra/a favor do interesse de Estado, nem do indivíduo, nem de certo grupo em detrimento de outro. Os processos estruturais consistem em atividade adjudicatória de direitos indisponíveis em casos complexos, que visa a modificar comportamentos institucionais pela via judicial.

¹⁰⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

Neste capítulo, abordam-se os conceitos desenvolvidos a respeito de processos estruturais, em perspectiva comparada com suas origens, a fim de se identificar a noção mais pertinente ao Brasil. Verifica-se, igualmente, se o processo estruturante pode ser melhor compreendido como espécie de procedimento existente dentro do gênero da tutela de interesse público que ampara direitos fundamentais. Em sequência, buscou-se identificar as características gerais do procedimento e o *locus* privilegiado em que ele se insere para tutelar litígios complexos de interesse público por meio da reestruturação de comportamentos institucionais. Pretende-se que o leitor obtenha instrumento de análise para identificar o fenômeno e relacioná-lo com o ordenamento jurídico neste tipo de técnica adjudicatória.

2.1. Processo estruturante: em busca de uma definição adequada

Traçar características e estabelecer paralelos no Direito, em maior ou menor medida, encontra óbice frequente na própria linguagem. Quando o tema dissertado se refere a conceitos e afirmações de origem comparada, como é o caso dos processos estruturantes, tal empreendimento é severamente dificultado, seja pelas diferenças semânticas existentes na tradução da língua original, seja em razão das diferenças culturais experimentadas entre as diversas sociedades¹⁰⁶. Nesta seção, discutimos os conceitos desenvolvidos sobre o objeto desta dissertação em perspectiva comparada, de modo a verificar as diferenças e a fim de encontrar um conceito adequado, mas coerente com a proposta de procedimento apresentada no primeiro capítulo.

Afirmou-se anteriormente que o Processo Estrutural não se desenvolveu em ambiente acadêmico. O procedimento surgiu no contexto do comportamento do Judiciário americano em determinados *cases*, conhecido como ativismo judicial e dominante em grande parte da jurisprudência do Poder Judiciário americano, pelo menos entre 1950 e 1970¹⁰⁷. A Corte e as partes, a partir de cada caso concreto, verificaram que as medidas tradicionais de adjudicação civil não eram suficientes para garantir a autoridade das decisões judiciais emanadas.

¹⁰⁶ CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual – Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

¹⁰⁷ FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure*. New York: Foundation, 2003; OWEN, Fiss. Two Models of Adjudication. In: GOLDWIN, Robert; SCHAMBRA, William (Editores). *How Does the Constitution Secure Rights?* Washington: American Enterprise Institute Constitutional Studies. p. 36-49, 1985.

Chegaram à conclusão da necessidade de encontrar procedimento capaz de rever comportamentos decisivos para que a decisão obtivesse o resultado esperado.

Zaneti, Didier e Alexandria de Oliveira compreendem o processo estruturante a partir de seu forte viés pragmático, característica do modelo filosófico americano, sem grandes preocupações doutrinárias sobre os institutos jurídicos ou com a categorização sistemática das decisões¹⁰⁸. Contudo, na tentativa de se identificar esse conceito jurídico complexo, inicia-se a abordagem a partir de premissa fundamental primária, em torno da qual todas as demais orbitarão. Serão articulados conceitos numa sistematização lógica¹⁰⁹, por meio de um raciocínio que se espera abordar em perspectiva circular¹¹⁰.

Edilson Vitorelli afirma, em razão da multiplicidade de conceitos, que o pesquisador deve dar um passo atrás para reflexão sobre a premissa que irá adotar. Esses conceitos, por sua vez, precisam ser levados a sério, pois certa cacofonia de opiniões divergentes sobre o tema não contribui com sólidas bases nacionais sobre o que significa dizer-se que um processo é estrutural¹¹¹. O autor, antes de definir seu conceito, propõe responder às seguintes perguntas: todo processo que pretende interferir em políticas públicas é estrutural? Todo processo estrutural é processo coletivo? São conceitos superpostos? Processos de interesse público são equivalentes a processos estruturais? Como esses conceitos se relacionam com os conceitos de litígios coletivos e processos coletivos tradicionais? Essas são perguntas que se resolverão ao longo deste trabalho, mas que, nesta seção, auxiliam na identificação do problema¹¹².

Iniciaremos a investigação de conceitos teleológicos de processo estrutural, que almejam distinguir esse gênero de adjudicação através do seu escopo e dos seus objetivos, visando a identificar sua causa final para que se possa decidir aplicar ou não esse tipo de procedimento. Verifica-se, nesse paradigma, certa unidade do procedimento como meio apto para a

¹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael; Notas sobre as decisões estruturantes (notes about structural injunctions) - *Civil Procedure Review*, v.8, n.1. pag. 47. 2017.

¹⁰⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*. vol. 229. p. 273-280. 2014. p. 1.

¹¹⁰ Abordando o problema hermenêutico fundamental, Gadamer afirma que toda compreensão produz uma aplicação, de modo que aquele que compreende está ele mesmo dentro do sentido compreendido, formando parte da coisa que compreende algo. Gadamer foi um dos maiores expoentes do pensamento hermenêutico do século XX, responsável por afirmar a correlação circular entre interpretação e aplicação, a complementariedade entre interpretação abstrata e aplicação concreta como parte do mesmo processo de compreensão do objeto. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2.ed. vol. 1. Petrópolis: Editora Vozes, 1998. p. 410.

¹¹¹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. vol. 284. p. 333 – 369. Out.-2018.

¹¹² VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério. Op., Cit., p. 02. Out / 2018.

reorganização de estruturas sociais complexas e de burocracias estatais, controle judicial de políticas públicas estruturais, a descontinuação de infrações constitucionais, da vizibilização dos grupos sociais menos favorecidos¹¹³, dentre outros¹¹⁴.

Para os fins desta dissertação, a conceituação teleológica não se afigura suficiente, em que pese certo grau de coerência. Segundo Owen Fiss¹¹⁵, o juiz exerce o processo estrutural quando confrontado com determinada burocracia em situação de violação de valores constitucionais a fim de eliminar, de uma vez por todas, a ameaça a direitos fundamentais que determinados comportamentos reiterados provocam. Além disso, o procedimento abre-se como meio possível de fazer valer promessas constitucionais em desobediência generalizada. A *reforma estrutural*, por sua vez, é um tipo de adjudicação, cujos caracteres distintivos são: a natureza constitucional dos valores públicos discutidos e o específico escopo do juiz em tentar dar significado concreto aos valores constitucionais, através da reestruturação de burocracias estatais. Trata-se, para ele, então, de um *gênero* dos litígios constitucionais¹¹⁶.

Ada Pellegrini Grinover, de modo visionário em 1984, referiu-se à necessidade de haver no Brasil um procedimento capaz de tutelar direitos metaindividuais. A jurista formulou o conceito de direito difuso até hoje utilizado pelo ordenamento, quando constatou as necessidades coletivas de adjudicação de novos direitos, tais como o direito ao meio ambiente, à saúde, à informação, entre outros. Não obstante sua contribuição para a tutela coletiva, mencionada no primeiro capítulo desta dissertação, parece relevante verificar que Grinover, desde 1984, afirma ser possível adjudicar direitos, ainda que tal autorização não tenha emanado expressamente das normas constitucionais existentes à época. Trata-se da constatação de que há situações em que os direitos decorrem do ordenamento jurídico, independente das regras constitucionais, porque defluem de princípios gerais da Constituição

¹¹³ PUGA, Mariella. *La cuestión terminológica: Litigio estratégico, de impacto, complejo, de interés público, estructural*. (não publicado). pags. 2-3. Disponível em: https://www.academia.edu/30477259/Litigios_Complejos_y_la_Cuesti%C3%B3n_Terminol%C3%B3gica.pdf.

Acesso dia 29 de outubro de 2018; PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Ano 1, n. 2., pags. 41-82, 2014.

¹¹⁴ Para fins exemplificativos: (1) VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., 2016; (2) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Notas sobre decisões estruturantes. Op., Cit., 2017b; (3) VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário*. Op., cit., 2013; (4) GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público e medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de direito, UFRJ, Rio de Janeiro, 2016; (4) ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro, *Revista de Processo*. vol. 225. p. 389-410. 2013.

¹¹⁵ FISS, Owen. *The Civil Rights Injunction*. *Indiana University-Bloomington School of Law*. vol. 7, 1978. Coleção Adison Harris Lecture. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=harris>.

¹¹⁶ FISS, Owen. Transcrição. Op., Cit., 2005.

(cabe um parêntese para assinalar que o Brasil daquele período se encontrava sob Constituição autoritária e numa reabertura política pelos militares)¹¹⁷.

A defesa de que direitos prescindem de remédios foi relevante ao novo sistema constitucional brasileiro, porque, entre outros motivos, levou a um amadurecimento do ordenamento para se reconhecer que a proteção, pela via judicial, de direitos e garantias fundamentais não depende necessariamente de previsão expressa *numerus clausus* (art. 5. XXXV CFRB). Hermes Zaneti Jr e Fredie Didier, dialogando com o conceito de Owen Fiss aludem que um Processo Estruturante perpassa pela:

[...] decisão estrutural (*structural injunction*) [que] 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 reconstruídas¹¹⁸

Nesse ponto, importante considerar Zaneti Jr e Didier¹¹⁹ como autores que dialogam com a perspectiva de Grinover acima mencionada, além de conferirem interpretação da tutela coletiva pela via do microssistema desenvolvido sob apoio teórico da autora. Contudo, ainda oferecem abordagem sistemática para relacionar o processo estrutural com o processo coletivo e seu sistema, integrando-os. Isso auxilia a compreender os efeitos do interesse público primário existente nos direitos coletivos e nas tutelas que visam protegê-los¹²⁰, também no procedimento estrutural. Desta forma, conseguem diferenciá-lo dos procedimentos tradicionais, sem deixar de conferir a estes, as necessárias características que os distinguem do processo coletivo.

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: *Revista Da Faculdade De Direito*. Universidade De São Paulo, ed. 79, pags. 283-307. 1984. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>.

¹¹⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Notas sobre decisões estruturantes. Op., Cit., p. 48-49. 2017b.

¹¹⁹ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 12a ed. Salvador: Juspodivm, 2018

¹²⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros. p. 603. 2003.

Nota-se ainda que Zaneti Jr e Didier¹²¹ dialogam com Grinover¹²², porque não deixam de conferir importância ao microssistema de tutela coletiva que se desenvolveu no Brasil, mas avançam ao reconhecer os seus limites no tratamento de alguns conflitos, para defender o diálogo de fontes entre o microssistema e o novo CPC, sob a unidade da Constituição, a fim de se obter uma tutela coletiva de direitos adequada. Para os autores, o NCPC possui normas processuais fundamentais e cláusulas gerais que permitem um franco diálogo entre o ordenamento jurídico, a fim de se realizar a tutela coletiva de direitos em todas as suas formas e possibilidades, situação que abrange o processo estruturante.

Edilson Vitorelli, por outro lado, identifica o processo estrutural como processo coletivo (*sui generis*), no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, reorganizar certa estrutura burocrática pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de violação pelo modo como funciona, originando o litígio estrutural¹²³, de modo que também possa ser utilizado no controle de políticas públicas. O que dá relevo ao conceito de Vitorelli é a tipologia dos conflitos que desenvolve. Até então, não foi possível encontrar publicações que apresentassem ponto de vista de contraponto à abordagem, em processos estruturais, de alternativa objetiva sobre a clássica divisão de direitos metaindividuais apresentada por Grinover e que, posteriormente, veio a constar no atual Código de Defesa do Consumidor¹²⁴.

Edilson Vitorelli¹²⁵ busca apresentar suas ideias, não com base em conceito jurídico abstrato, aplicado em situações previstas em lei, mas a partir de raciocínio hermenêutico, cujo primeiro passo é verificar, no caso concreto, o tipo de litígio em que as partes se encontram-se envolvidas e, desse modo, determinar o tipo de tutela que viabilizaria a autoridade da Corte cumprir com suas determinações no julgamento do caso. Sugere-se, portanto, que antes de

¹²¹ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 12a ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 43 e ss.

¹²² GRINOVER, Ada Pelegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: *Revista Da Faculdade De Direito*. Universidade De São Paulo, ed. 79, pags. 283-307. 1984. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>.; GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

¹²³ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério, Op. Cit., p. 06. 2018.

¹²⁴ “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”. Extraído de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 20 de Fevereiro de 2018.

¹²⁵ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

definir o procedimento da adjudicação, a autoridade primeiramente verifique o tipo de litígio e os danos que se visa a reparar. Desse arcabouço, Vitorelli desenvolveu certa tipologia dos litígios coletivos.

Vitorelli traz à tona, portanto, o conceito de litígios complexos, diferenciando-os dos litígios comuns e da forma tradicional de se tutelar individualmente os direitos, correlacionando os primeiros como conflitos que podem ser adjudicados por processos estruturais. Para o autor, litígios complexos rompem com o raciocínio judicial tradicional, baseado no sistema binário de lícito-ilícito levando o juiz a observar fatores e *inputs* que não dependem, exclusivamente, de seu julgamento, ou da simples declaração de direitos para o sucesso da medida. Na realidade, nesse tipo de litígio, a decisão do juiz deve ser coordenada com outras questões externas ao processo, que acabam se desdobrando sobre sistema político, econômico e demais áreas do conhecimento¹²⁶.

Sobre litígios complexos, Jay Tidmarsh e Roger H. Trangsrud¹²⁷ trazem uma definição a partir da diferença entre eles e os litígios tradicionais: “de forma ampla e intuitiva: casos complexos são casos em que o sistema processual que estabelecemos não funciona bem para resolver uma disputa. Esse entendimento intuitivo de litígios complexos imediatamente coloca a litigação complexa e a comum em oposição”. O litígio complexo, seja em razão das questões de fato, das partes, de interesses, ou de limites procedimentais do modelo tradicional de adjudicação, não consegue resolver de modo adequado a tutela de direitos em jogo, necessitando de tratamento diferenciado.

Tidmarsh e Trangsrud reconhecem a incapacidade do processo de adjudicação tradicional solucionar litígios complexos, quando afirmam que nas situações em que for constatado que “uma vez que a Corte esteja convencida de que um caso é complexo, ela se tornará mais inovadora e agressiva no desenvolvimento de métodos para resolver as disputas que visa adjudicar”¹²⁸. O Judiciário, como mediador do litígio complexo, para atender os interesses do

¹²⁶ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério, Op. Cit., p. 333 – 369. 2018.

¹²⁷ “for the present, therefore, let us define complex civil litigation broadly and intuitively: complex case are cases in which the procedural system that we have established does not function well to resolve a dispute. This intuitive understanding of complex litigation immediately puts complex and ordinary litigation into opposition”. TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, pag. 2. 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

¹²⁸ “The phrase complex litigation has a talismatic quality to it; once a Court is convinced that a case is complex, it often becomes more innovative and aggressive in developing methods to resolve disputes” In: TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. New York: Foundation Press. p. 01. 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

grupo injustiçado, promove ajustes constantes na execução do *decisum* que proferir, uma vez que, a todo instante, há comportamentos sucessivos de violações que precisam ser tutelados. A Corte expede sucessivas ordens de fazer ou não fazer e atua momentos ao longo do processo, antes ou depois da decisão¹²⁹.

Adotando a perspectiva da tipologia de litígios apresentada por Vitorelli¹³⁰, os conflitos levados à apreciação judicial passam a ser categorizados em razão da complexidade de soluções necessárias para reparar os danos e por meio dos níveis de intensidade das divergências que compõem os interesses em jogo. Vitorelli ainda afirma que tais casos complexos se inserem no contexto do litígio estrutural, quando a complexidade de fatores que envolvem o conflito identifique um litígio irradiado¹³¹, o que indica existir entre os impactados, a percepção de impacto sobre os danos sofridos com intensidade diferente, possível de se agrupar simultaneamente os efeitos com alcance local, disperso e global, e por isso irradiado.

Por meio dessa abordagem, para identificar um processo estrutural, seria recomendável primeiramente verificar o tipo de conflito alvo da controvérsia, e quais desafios são impostos ao judiciário para proteger os direitos, raciocínio diverso daquele que verifica primeiro como a lei orienta o procedimento para solução dos conflitos, pois, se ele não for adequado à realidade do conflito, o direito material não será assegurado adequadamente.

Desse quadro conceitual, devem-se considerar os litígios complexos como conflitos irradiados, porque eles representam a situação de lesões e de ameaças a direitos relevantes para a sociedade como um todo e, ao mesmo tempo, atingem com intensidade diversa os vários subgrupos que compõem o agrupamento de vítimas diretas do transgressor envolvido no conflito¹³². Por sua vez, esses danos não se estabelecem por meio de perspectiva social comum de interesses, mas através de sua heterogeneidade, fluidez, mutabilidade e difícil delimitação. No contexto do litígio irradiado ou estrutural, a violação surge em decorrência do (mal) funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada. Em razão das

¹²⁹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério, Op. Cit., p. 7. 2018.

¹³⁰ VITORELLI, E. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.

¹³¹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério, Op. Cit., 2018. p. 333 – 369

¹³² *Ibidem*, p. 03.

características contextuais em que ele ocorre, sua solução exige a reestruturação de todo o funcionamento da instituição para que a prática violadora não seja reincidente¹³³..

Embora a reestruturação de comportamentos institucionais possa ocorrer de diversos modos e por diferentes instituições (leis, mercado, mediação, *compliance* interno, mobilização social, etc), a alteração buscada pela via do processo judicial deve ser caracterizada como um processo estrutural¹³⁴. Hermes Zaneti Jr e Fredie Didier foram deveras impactados por essa tipologia dos litígios e dos conflitos definidos por Vitorelli e, assim, passaram a readequar seus conceitos a respeito do tratamento de direitos coletivos no Brasil, sobretudo, a partir de suas recentes publicações acerca da tutela de interesses coletivos¹³⁵. Segundo os autores, não obstante a tipologia de direitos coletivos fornecidas pelo CDC ter auxiliado na compreensão das diferenças entre os grupos titulares de direitos coletivos no Brasil e contribuído para viabilizar a tutela destes direitos por meio da ação coletiva¹³⁶, ainda haveria certa carência dogmática sobre a construção de modelos e procedimentos diferenciados capazes de se ajustar a esses tipos de conflitos¹³⁷, em especial aqueles de conteúdo complexo, como acima mencionado. A crítica decorre do fato de o microsistema de tutela coletiva ter se preocupado em identificar o feixe de direitos capazes de serem tutelados pela via coletiva, sem se voltar para os modelos de procedimentos adaptáveis às peculiaridades do conflito.

Em razão da constatação, Zaneti Jr. e Didier¹³⁸ afirmam que as excepcionalidades existentes em conflitos coletivos justificam as variações sobre competência, autocomposição, legitimação, intervenção de terceiros, dentre outros aspectos processuais necessários à

¹³³ VITORELLI, E. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.

¹³⁴ VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos Conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 7., p. 8, Jan-Jun, 2018.

¹³⁵ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 13a ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 83 e ss.

¹³⁶ BRASIL. Art. 81, Lei 8.079 de 1990 - 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 13 de janeiro de 2018.

¹³⁷ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 12a ed. Salvador: Juspodivm, 2018. P. 83 e ss.

¹³⁸ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 12a ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 89.

adequação do processo com vistas ao devido processo legal coletivo. Desse diálogo entre as formulações de Zaneti e Didier com Vitorelli, verifica-se a inclusão dos litígios complexos no ambiente de adjudicações que não são adequadamente resolvidas pela via tradicional e o processo estruturante afigurando-se como capaz de moldar procedimentos em cada caso concreto.

Sérgio Cruz Arenhart¹³⁹, em 2015, visou a sistematizar as discussões acadêmicas existentes no Brasil até meados de 2013, ao afirmar que decisões estruturais foram pensadas para lidar com o caráter burocrático do Estado atual e de várias instituições típicas da sociedade moderna, que contrariam direitos fundamentais coletivos, diante dos deságios impostos pela burocracia de relações públicas e privadas. O processo estrutural, portanto, não visaria apenas a eliminar determinada conduta ilícita, impondo ação ou abstenção, mas, ainda, a reestruturação da própria relação burocrática violadora, a fim de alterar de modo substancial a forma como as interações sociais se realizam na instituição.

Desirê Bauermann¹⁴⁰ sustenta que *structural injunctions* são o moderno fenômeno americano, em que a Suprema Corte identificou na Constituição inúmeros direitos materiais e cuja efetiva observância poderia se dar pela supervisão judicial substancial. Tal meio de adjudicação denominou-se de estrutura quando o Tribunal optou por garantir o cumprimento de suas decisões e restaurar o direito violado das partes, por meio da necessária supervisão das práticas e das políticas adotadas pelas instituições envolvidas no litígio. Com isso, houve a alteração do padrão tradicional dos comandos judiciais, que, na esfera individual, são voltados a reparar danos ocorridos no passado, uma vez que as partes, nesse “novo” modelo, não são claramente identificadas. As decisões são focadas no cumprimento de medidas voltadas para o futuro.

Entendendo, de modo restritivo, o conceito de Chayes no Brasil, Susana Henriques da Costa observou aplicação do conceito de *Public Law Litigation* no processo destinado à atuação do Judiciário em políticas públicas:

¹³⁹ Para conhecer mais sobre o pensamento do autor: ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT. ano 38, v. 225. p. 15. 2013.; *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2003; *O regime da prescrição em ações coletivas*. versão não publicada. Disponível em: [www.academia.edu/219170/O regime da prescrição em ações coletivas](http://www.academia.edu/219170/O_regime_da_prescri%C3%A7%C3%A3o_em_a%C3%A7%C3%B5es_coletivas); *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. RT, 2013;

¹⁴⁰ BAUERMAN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: S.A. Fabris, p. 66-68. 2012.

Quando se discute, portanto, a atuação do Poder Judiciário em políticas públicas, debate-se fenômeno complexo, que corresponde à intervenção de um órgão diverso (Judiciário) dos geralmente responsáveis pelo planejamento e execução dos programas do Estado (Legislativo e Executivo), tanto na criação de determinada política, quanto na correção de programas já traçados. Essa possibilidade de intervenção surge e se incrementa no século passado, em especial na transição de um modelo de Estado Social para Estado Democrático de Direito, mas não desacompanhada de críticas e questionamentos quanto a sua legitimidade.

Linda Mullenix advoga que, em que países de *common law*, não se utiliza a mesma terminologia referente aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos como os adotados por países de *civil law*, tal qual o Brasil. A pesquisadora, em perspectiva comparada, julga adequado reconhecer a expressão “interesse público” (*public interest*), contida no conceito de “*Public Law Litigation*”, como similar ao que, no Brasil, se entende por direitos coletivos¹⁴¹. Corroborando a aproximação, Humberto Theodoro e Dierle Nunes¹⁴² afirmam que “nos Estados Unidos as expressões *public interest litigation* e *public interest law* são utilizadas quando o direito é relacionado ao interesse de uma coletividade em oposição a normas de interesses individuais”. Gismondi afirma, a partir de compreensão semelhante, que a transposição das expressões para o Brasil, em sentido amplo, significa a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, de situações jurídicas coletivas, ativas ou passivas e, em sentido *stricto*, a defesa de interesses contramajoritários e à luz dos valores amarrados pela Constituição¹⁴³.

Outras expressões muito utilizadas na área são *public interest litigation*, *public interest law* ou *Public Law Litigation*. Essas expressões devem ser compreendidas tanto no âmbito do controle de políticas de Estado, quanto dentro do contexto que visa a criar procedimentos para recepcionar as emergentes funções do Judiciário na adjudicação de novos direitos no âmbito do interesse público¹⁴⁴. Torna-se pouco importante se a parte envolvida no processo de adjudicação possui natureza pública ou privada. Susan Sturm¹⁴⁵, nos EUA, buscou, em

¹⁴¹ MULLENIX, Linda. General report – common Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, p. 298, 2008.

¹⁴² THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. São Paulo: *Revista de Processo*, v.38, n. 224, p.129. 2013.

¹⁴³ GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público e medidas estruturantes*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Op., Cit. p. 54.

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 15. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 603.2003.

¹⁴⁵ STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, p. 1368, 1991.

meados dos anos 1990, sistematizar uma teoria dos processos que visava adjudicar interesses públicos. Os remédios de adjudicação desses tipos de direitos demandariam comportamentos processuais diferentes da forma adversarial tradicional de litigação civil, mudando por completo o modo como a decisão judicial é produzida (*decisionmaking*).

Percebe-se, com efeito, que não é tarefa simples a definição do conceito primário sobre o tema, uma vez que, dentro da própria doutrina americana e entre os próprios precursores do debate no Brasil, verificam-se divergências de abordagens sobre qual seria a identidade comum dos processos estruturantes, pois há aqueles que o identificam como um dos procedimentos aptos a tutelar processo de interesse público *lato*; e aqueles que o compreendem apenas como processo para controle de políticas públicas. Contudo, em vista do caráter fortemente pragmático da técnica adjudicatória, pode se afirmar que, independente da corrente, a técnica estrutural foi criada para resolver problemas em casos complexos.

Assim, pouco importa para a integral tutela de direitos e das pessoas, se no Brasil os processos estruturantes estão inseridos no gênero “Processo para a solução de conflitos de interesse público” ou se este último se refere a uma espécie de atuação do gênero “Processo Estruturante”, pois, se um processo estruturante for utilizado, significa que o conflito era de interesse público e demandam reestruturação de comportamentos institucionais em policentria de partes.

Se os direitos constitucionais puderem ser tutelados de outras formas, não serão elas alvo desse estudo. Assim, a expressão de Abram Chayes “*Public Law Litigation*” quando adotada nesta dissertação, a fim de aproveitar seu escopo sobre os estudos de processos estruturantes, não se limita apenas ao controle de políticas públicas. Quando se abordar o processo de interesse público, se estará referindo ao uso de um *processo estrutural* para empreender tal tarefa.

Edilson Vitorelli¹⁴⁶ afirma que o processo estruturante é um, entre os diversos procedimentos especiais que podem existir para tutelar o interesse público, contudo, ele será utilizado para solucionar litígios irradiados. Ademais, como abordagem comum sobre o procedimento,

¹⁴⁶ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. vol. 284. p. 333 – 369, Out-2018.

adota-se a definição de processos estruturantes de Hermes Zaneti Junior e Fredie Didier¹⁴⁷, em diálogo de fontes com Edilson Vitorelli e sua teoria dos conflitos e dos litígios¹⁴⁸.

O diálogo de fontes tem como objetivo adotar a abordagem adequada acerca de como tutelar o direito e as pessoas, em primeiro lugar, a partir do tipo de conflito em que os grupos se encontrem envolvidos. Reconhece-se que não há efetividade prática entre as diferenciações de conceitos e terminologias sobre as quais, eventualmente, os autores passam a discorrer. O conceito deve facilitar o objetivo do processo estruturante, qual seja: conseguir reestruturar práticas de instituições violadoras de direitos fundamentais coletivos. Tomaremos como ponto de partida escolhido pela jurisdição que o caso se trata de um litígio complexo, e que objetivo último da tutela de direitos e das pessoas se atinge por meio da reestruturação de práticas reiteradas de violações, omissões ou comissões a direitos fundamentais.

Nesta dissertação, por adjudicação de direitos por meio de processos estruturantes, compreende-se, não apenas, as técnicas executivas ulteriores à decisão proferida para a solução de problemas complexos, como também a postura diferenciada da jurisdição, durante o ato hermenêutico de justificar suas razões de decidir ao longo de todo o processo judicial, postura essa mais ativa na coordenação de trabalhos, diferenciando-se do formato adversarial tradicional de estruturação de processo dos países de *common law*, mas não se referindo igualmente ao modelo inquisitorial tradicional aos países de *civil law*. Adota-se, em realidade, o hibridismo entre as interfaces, o que será melhor retomado no último capítulo.

Acredita-se que o diálogo de fontes entre Vitorelli e Zanetti Jr e Didier torna possível, na perspectiva comparada, relacionar os aspectos executivos para efetividade da decisão judicial (*structural injunction*) que foram alvos da pesquisa de Owen Fiss¹⁴⁹, com a necessária correlação de perspectiva sobre o padrão hermenêutico e de características que a técnica

¹⁴⁷ “decisão estrutural (*structural injunction*) [que] 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”. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Notas sobre decisões estruturantes. Op., Cit., p. 48-49. 2017b.

¹⁴⁸ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., 2016; Levando os conceitos a sério. Op., Cit., 2018.

¹⁴⁹ FISS, Owen. The Civil Rights Injunction. *Indiana University-Bloomington School of Law*. vol. 7, 1978. Coleção Adison Harris Lecture. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=harris>; The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, vol. 93. n. 1. pags. 01-58. 1979; FISS, Owen. The Social and Political Foundation of Adjudication. *Law and Human Behavior Journal*, vol. 6, n. 2, pags. 121-128. 1982.

judicial (*decisionmaking*) de litigação civil para interesse público (*Public Law Litigation*), desenvolvida por Abram Chayes proporciona¹⁵⁰. Entende-se que, no exercício da adjudicação de litígios complexos, eventuais colisões entre direitos fundamentais que se confrontam no caso concreto entre si, ou com regras processuais presentes no modelo tradicional de adjudicação civil, devem ser interpretadas de modo a maximizar direitos dentro de procedimento flexível a esta nova realidade (*optimal agregation*).

Ora, sendo litígios complexos aqueles em que o modelo tradicional civil é insuficiente para a tutela integral e adequada dos direitos e das pessoas, o raciocínio lógico, ao constatar esse desafio, deve ser o de que o novo procedimento deve conseguir atingir este objetivo. Contudo, para que ele seja capaz de fazê-lo, as regras processuais clássicas, tais como o modo de produção de prova, competência, contornos da causa de pedir, princípio da demanda, dispositivo, preclusão, escolha de *experts*, prazos processuais, dentre outros, devem se adequar à realidade do conflito que se pretenda solucionar.

Na realidade, o juiz e as partes se deparam, na adjudicação de litígios complexos, com tantos desafios que, somente num ambiente experimentalista, proporcionado por decisões que se verificam a partir da tentativa e do erro, o objetivo final do processo estruturante será atingido. Esse ambiente experimentalista do processo estrutural é resultado da complexidade do direito a ser adjudicado, visto que, em diversos momentos as soluções para o caso concreto não estarão previstas de maneira direta e subsumida em lei¹⁵¹. O processo experimentalista se adequa, assim, à perspectiva pragmática que caracteriza o procedimento, pois não será a mera definição analítica sobre o instituto ou a identificação em lei de todos os seus contornos e limites que trará sucesso para a implementação das medidas judiciais¹⁵².

Assim, será o modo como efetivamente as partes se comportarão no processo e fora dele para resolver o conflito, inclusive o juiz, o que tornará possível solucionar litígios complexos entregues ao judiciário para adjudicação de valores constitucionais, mesmo quando não previstas suas soluções em um procedimento comum, para que, por meio de um contraditório

¹⁵⁰ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Cambridge: *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, mai-1976; The Supreme Court, 1981 Term: foreword: public law litigation and the Burger Court. Cambridge: *Harvard Law Review*. v. 96, n. 4, p. 4-311, 1982.

¹⁵¹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 224, p. 121-153, out. 2013. p. 130.

¹⁵² CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, mai-1976;

forte ou efetivo¹⁵³, da cooperação ou colaboração¹⁵⁴ e negociação entre as partes¹⁵⁵, ele se adéque ao devido processo legal coletivo¹⁵⁶. Processo Estrutural é aquele cuja decisão estrutural (*structural injunction*) visa a implementar 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 complexos¹⁵⁷.

O processo estrutural pretende resolver litígio estrutural, que sempre será um litígio coletivo irradiado, posto que os interesses conflitantes são de complexidade e interesses distintos, entre os envolvidos e a adjudicação dos valores constitucionais, para a solução do conflito. Vale observar também que não depende, apenas, de uma única obrigação imposta pelo juiz, mas de *inputs* políticos, econômicos e de outras áreas do conhecimento que extrapolam a área de atuação direta do judiciário¹⁵⁸.

Por sua vez, para verificar se o procedimento é o ideal para o caso concreto, as partes devem observar (1) se o caso se refere a um litígio complexo, (2) se a ameaça ou lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada pela via processual tradicional e (3) se realmente as práticas das organizações devem sofrer uma decisão estrutural para que tais ilegalidades venham a cessar¹⁵⁹. Nesse modelo, o juiz não consegue lidar com as demandas que surgem ao longo do processo de conhecimento, nem efetivar seu comando sentencial de maneira adequada, apenas com o ato de subsunção do fato à norma, pois o direito material violado é de grande complexidade e não se amolda ao modelo bipolar de resolução de conflitos.

¹⁵³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 15, p. 7-20, 1998.

¹⁵⁴ DIDIER Jr., Fredie. Os três modelos de direito processual: Inquisitivo, dispositivo e cooperativo. São Paulo: *Revista de processo*. v. 36, n. 198, p. 213-225, ago-2011; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁵⁵ RODRIGUES, Marco Antônio. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: Câmara, Alexandre Freitas; Pires, Adilson Rodrigues; Marçal, Thaís Boia (Coords.) *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 150; 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. 150-151.

¹⁵⁶ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁵⁷ FISS, Owen. The Civil Rights Injunction. *Indiana University-Bloomington School of Law*. vol. 7, 1978. Coleção Adison Harris Lecture. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=harris>; The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, vol. 93. n. 1. pags. 01-58. 1979.

¹⁵⁸ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério, Op. Cit., p. 06. 2018.

¹⁵⁹ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. *Revista de Processo*. vol. 248. p. 209-250. 2015.

Nesse caso, antes de decidir, a Corte, em ato criativo, esboça o desenho processual (formato do procedimento) que supõe adequado ao caso concreto, o qual deverá ser apresentado para as partes. Mesmo após a decisão judicial, a Corte ainda terá sob sua jurisdição a supervisão e o monitoramento das diversas obrigações, relacionadas em cadeia ou por etapas, em que cada parte se encontre envolvida¹⁶⁰. Verificado que o que se pretende adjudicar possui caráter de reestruturação de práticas, o juiz e as partes passarão a se guiar a partir de características próprias desse procedimento, abandonando os limites da reparação pela via do processo tradicional.

Apresentados os conceitos adotados em perspectiva comparada sobre processos estruturantes, verifica-se que foi escolhida a premissa comum da pragmática, coerente com a afirmação sobre o uso dos Processos Estruturais que visa solucionar casos complexos por meio de procedimento diferenciado. A oportunidade e conveniência de sua aplicação, enquanto meio adjudicatório, será analisada pela jurisdição e pelas partes a partir das características do litígio que a Corte visa tutelar, da intensidade e da complexidade dos diversos interesses em jogo e de quais são os objetivos que se visa obter ao se proferir a decisão judicial por meio desse procedimento. Passa-se, na próxima seção, a discorrer sobre o objeto de estudo, a partir de tais premissas comuns, aprofundando os conceitos e afirmações traçadas.

2.2. O processo estrutural enquanto procedimento disponível para a tutela do interesse público em relações sociais complexas

Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹⁶¹ afirma que litígios estruturais são sinônimo de controle de ações de instituições de governo, razão pela qual “*structural injunctions* voltam-se à reestruturação de instituições de governo, às alterações sistêmicas necessárias a assegurar a tutela de direitos fundamentais”. Percebe-se certa proximidade com a compreensão tradicional da Teoria dos Direitos Fundamentais, segundo a qual a proteção do interesse público pelo judiciário se insere no contexto de controle de direitos fundamentais violados na

¹⁶⁰ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Cambridge: *Harvard Law Review*. vol. 89, n. 7, mai-1976.

¹⁶¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, p. 189. 2016.

relação entre o cidadão e o Estado¹⁶², limitando a eficácia de tais direitos a seu aspecto vertical – Estado/Cidadão.

Contudo, parece que, modernamente, a evolução histórica dos direitos fundamentais ganhou certo caráter objetivo no sentido de estender os efeitos da proteção dos direitos fundamentais também para as relações entre atores privados, o que se denominou de eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁶³. Nesse sentido, ainda que existam divergências sobre a proteção de direitos fundamentais em âmbito privado, quando isso ocorre, a Corte passa a realizar certo juízo de ponderação entre os valores envolvidos, de modo a compatibilizar o direito fundamental com a autonomia privada dos sujeitos envolvidos em determinada relação assimétrica¹⁶⁴.

Do ponto de vista dos precedentes já firmados na doutrina nacional, podemos citar o posicionamento adotado pelo STF nos julgamentos do RE 201.819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 11.10.2005¹⁶⁵, e ainda, no RE n. 158.215-RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07.06.1996 e RE n. 161.243-DF. Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19.12.1997, reconhecendo ampla eficácia de proteção aos direitos fundamentais, seja em sua dimensão vertical, ou horizontal.

Apesar do clássico posicionamento de identificação do interesse público que reside sob os direitos fundamentais se relacionar com sua eficácia vertical de proteção apenas contra atos ou omissões praticadas pelo Estado, nesta dissertação, adota-se a opção paradigmática inserida na vigência plena dos direitos fundamentais da Constituição de 1988, cujos precedentes acima elencados possuem força vinculante em razão do artigo 927, III do CPC.

O processo estrutural não é, portanto, procedimento exclusivo para o controle de atos estatais, ou de políticas públicas, mas um, entre os procedimentos disponíveis para tutela do interesse

¹⁶² NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Ed. Método, p. 231. 2008.

¹⁶³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 185. 2008.

¹⁶⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*. Op., Cit., pag. 112. 2008.

¹⁶⁵ Ementa do Acórdão: “[...] I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”. Extraído em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_201819_RJ-11.10.2005.pdf?Signature=hGhK8GQVOJG7FmXqNkM%2BLg0JEwk%3D&Expires=1551105745&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=adf2b989bda8af8e847b22ba68fddec4. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

público, a partir de características existentes em litígio complexo, que pode coincidir com o controle de direitos fundamentais de atos de Estado (eficácia vertical) e, também, com a tutela de direitos fundamentais em relações privadas (eficácia horizontal).

A fim de identificar o processo estruturante como espécie dessa tutela de interesse público (gênero), destaca-se a contribuição de Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr¹⁶⁶, com a inclusão do gênero dos direitos coletivos fundamentais oponível por toda sociedade perante a todos, e não apenas em face de e governos ou do Estado. Segundo os autores, reside nesses direitos fundamentais certo interesse público primário, conceito que transcende o próprio interesse de Governo ou do Estado, bem como de determinado grupo ou do indivíduo ameaçado, garantindo, inclusive, para as gerações futuras sua proteção.

Ultrapassando as divergências sobre o alcance do interesse público em direitos fundamentais, o processo estruturante deve ser utilizado quando o objeto tutelado extrapola o interesse imediato das partes ou das instituições afetadas. No procedimento com natureza estruturante, a preocupação com a tutela do direito e das pessoas não se refere à reparação imediata, mas às consequências que tal violação provoca no contexto da coletividade em litígios constitucionais. A Corte de Justiça atua, por essa via, de maneira diferenciada na garantia de direitos, em razão do interesse público primário, que não se limita aos atos estatais.

A própria compreensão sobre os limites tradicionais de divisão de poderes no Constitucionalismo modifica-se, como em qualquer outro litígio constitucional. Na contemporaneidade, o judiciário passou a regular funções de garantia em assuntos públicos, em detrimento da característica secular do constitucionalismo, que lhe outorgou autoridade apenas para dirimir conflitos privados¹⁶⁷. No contexto da sociedade de consumo globalizada, no qual o Estado passa de posição negativa para atuação positiva na garantia de direitos, bem como de indutor de serviços públicos, determinados assuntos devem ser judicializados em razão da eficácia plena dos direitos fundamentais. A Corte assume a função de controle e revisão de atos estatais em interpretação da Constituição (*judicial review*)¹⁶⁸.

¹⁶⁶ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR, Hermes. Curso de direito. Op., Cit., p. 37. 2018.

¹⁶⁷ ZANETI Jr., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER. Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (coords). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

¹⁶⁸ Ibidem. 2011.

A clássica divisão de poderes desenvolve novos contornos a partir do *welfare state* experimentado após a segunda guerra mundial com a positivação constitucional de direitos de segunda, terceira e quarta dimensão. Por sua vez, tais direitos foram incorporados apenas com a CF/88. O Judiciário passou a adjudicar direitos sociais na tutela do interesse público por meio de diversos tipos de procedimentos e ações judiciais¹⁶⁹.

Determinadas correntes doutrinárias¹⁷⁰ indagam a real efetividade na regulação de assuntos públicos por meio da esfera judicial, reforçando a importância da política deliberativa mais intensa (democracia radical) para atingir esse desiderato. Do outro lado, há aqueles¹⁷¹ que compatibilizam a proteção dos direitos fundamentais pelo judiciário, a uma perspectiva mais conservadora e restritiva, limitando a proteção a direitos individuais e aspectos procedimentais.

No entanto, compreende-se ser papel do Judiciário a posição de último intérprete da Constituição na proteção de direitos fundamentais¹⁷², seja em sua dimensão vertical ou horizontal¹⁷³, ainda que se possa discutir sobre seus limites. Para a tutela de direitos constitucionais deve-se buscar diversos e adequados procedimentos. De acordo com as características de cada direito tutelado, das partes envolvidas, dos objetivos da tutela, entre outros. O processo estruturante configura-se em possibilidade de adjudicação, quando os demais procedimentos tradicionais forem insuficientes em sede de litígios complexos.

Essas discussões se encontram no epicentro constitucional contemporâneo e abrem caminho sobre o papel do Judiciário e do processo civil para a garantia de direitos, bem como sobre

¹⁶⁹ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1 ed. p. 213-258. 2017.

¹⁷⁰ CHUEIRI, V. K. D.; GODOY, M. G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. São Paulo: *Revista Direito GV* 11. vol. 6, n. 1, pag.159-174. Junho-2010; GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: *Fórum*, p. 175. 2017.

¹⁷¹ ELY, J. H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

¹⁷² FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 224; ZANETI JR. Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional de Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. Ver., amp., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 70. 2005; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011; BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo*. v. 232, p. 141-176, abr-2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso no dia 10 de agosto de 2018; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

modos eficientes de fazê-lo¹⁷⁴, ou ainda, como moderador das relações sociais para assegurar o não retrocesso de direitos fundamentais numa política democrática¹⁷⁵. São objetivos do Estado Brasileiro o exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça por meio da manutenção de uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias¹⁷⁶.

Também se inserem como desafios de adaptação da justiça civil ao mundo moderno, o “o papel que deve ser desempenhado pelas Cortes de Justiça e conseqüentemente sobre os instrumentos”¹⁷⁷ que lhe devem ser conferidos para cumprir com desafios, tais como acima delineados. Por se referirem a direitos que se relacionam com a proteção do interesse público, o mundo jurídico preocupa-se em desenvolver regras e procedimentos para proteger direitos fundamentais, variando de acordo com o que se reclama proteção, quais são as partes envolvidas no processo judicial, qual é o direito material violado e os objetivos da tutela pretendida. Por sua vez, esta pesquisa se insere no ambiente de diálogo com as experiências de países de *common law* para atingir estes critérios. Começam a surgir no contexto jurídico, um novo vocabulário sobre aspectos institucionais¹⁷⁸ que não tinham a atenção devida pelo processo civil tradicional relacionados a eficiência¹⁷⁹, racionalização e unidade do direito¹⁸⁰, bem como qualidade do acesso à justiça¹⁸¹.

¹⁷⁴ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *Internation Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, 2007. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/5/3/391/647381>. Acesso em: 10 de março de 2019.

¹⁷⁵ RORTY, Richard. Verdade, universalidade e política democrática (justificação, contexto, racionalidade e pragmatismo). In: *Filosofia, racionalidade, democracia*. SOUZA. José Crisóstomo de. (Org.) São Paulo: Ed. Unesp, 2005.

¹⁷⁶ Preâmbulo da Constituição de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso no dia 20 de abril de 2019.

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais. p 487. 2019.; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁷⁸ ALMEIDA SILVA, Marcelo de; DONADIA, André Oliva. Antidestiny, Antigragile and Antimet Aphysical: The discourse for a new model of institutional development. *Revista Aghatos*, vol. 8. pags. 213-220. 2017.

¹⁷⁹ ASH, Elliott; CHEN. Daniel L.; NAIDU, Suresh. *Ideas Have Consequences: The Effect of Law and Economics on American Justice*. Junho-2017. Não publicado. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2992782>.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁸¹ HADFIELD, Gillian K. The Cost of Law: Promoting Access to Justice through the (Un)Corporate Practice of Law. *International Review of Law and Economics*. 4. ed., 2013. Disponível por SSRN em: <https://ssrn.com/abstract=2333990>.

As relações sociais na esfera pública encontram-se em mudança. Comportamentos nas redes sociais, no mercado financeiro e em círculos acadêmicos começam a indicar que o direito pode se comportar para preservar garantias, sem renunciar ao desenvolvimento tecnológico e da nova indústria do conhecimento que se avizinha em torno de temas como a inteligência artificial, nano robótica, Start Ups, e Bitcoins. Estudos sobre eficiência institucional, criatividade intelectual em detrimento de mão de obra mecânica e auto sustentabilidade das cidades, por exemplo, fazem emergir novas preocupações sobre o discurso moral que influencia o contexto jurídico e os limites de atuação do judiciário sobre comportamentos em esfera pública, na política, no mercado e na sociedade¹⁸².

Cabe considerar que o processo estruturante é uma entre as possibilidades de adjudicação de direitos fundamentais, utilizada quando os demais procedimentos ordinários de proteção constitucional se demonstram insuficientes para tutelar litígios complexos que demandem uma decisão estrutural, que por sua vez dialóga com perspectiva de inovações de gestão e eficiência institucional, a fim de resolver litígios complexos em auxílio à justiça civil.

Carlos Alexandre Campos¹⁸³ compreende que tais intervenções se encontram justificadas pelo “quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado” e em absoluta contradição com os preceitos constitucionais e os sociais, além de que elas se referem ao controle de políticas públicas. Em face da larga aceitação da eficácia vertical da proteção destes direitos, Campos¹⁸⁴ e Suzana da Costa¹⁸⁵, defendem a adjudicação por meio do controle de políticas públicas e apontam certos requisitos do ordenamento jurídico nacional necessários para justificar esse tipo de intervenção. Para os juristas, os principais são o Estado de Coisas Inconstitucional e o mínimo existencial, fixados como norteadores da jurisdição para o controle de políticas públicas e aplicados numa

¹⁸² ALMEIDA SILVA, Marcelo de; DONADIA, André Oliva. Antidestiny, Antigragile and Antimet Aphysical. Op., Cit., pags. 213-220. 2017.

¹⁸³ Em seus termos: “Defino o ECI [Estado de Coisas Inconstitucional] como a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm. p. 187. 2016.

¹⁸⁴ Ibidem., 2016.

¹⁸⁵ COSTA, Susana Henriques. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm. p. 401-402. 2017.

perspectiva de controle do Estado, conforme assentado pelo STF (ARE 639337/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/8/11).

Não se questiona nesta dissertação, portanto, os parâmetros escolhidos para o controle de políticas públicas no Brasil, por se encontrar pacificado o entendimento na doutrina e asseverado pelos Tribunais, tendo sido inclusive inserido no contexto do Projeto de Lei 8.058/14, que trata do procedimento especial para o controle e intervenção em políticas públicas¹⁸⁶. Entretanto, não faz parte do objeto deste estudo o controle de políticas públicas em suas particularidades, mas tão somente se inserido esse tipo de intervenção em ambiente de litígio complexo e que demande uma reforma estrutural. Observam-se os requisitos apenas quando o processo estruturante for utilizado como meio de adjudicação em políticas públicas.

Desse modo, em que pese os requisitos do mínimo existencial e do estado de coisas inconstitucionais serem obrigatórios para a intervenção em políticas públicas¹⁸⁷, eles não são condicionantes para a adjudicação por meio de um processo estruturante. Contudo, importante realizar a distinção, uma vez que tais requisitos são constantemente abordados no controle de políticas públicas, muitas vezes trazendo certa confusão como sinônimos de requisitos para o uso do processo estruturante, em especial em razão de ambos se referirem a espécies de tutela de direitos de interesse público, o que não se coaduna com as premissas apresentadas na primeira parte desta dissertação.

A tutela de interesse público, por isso, se insere no contexto de adjudicação constitucional e não se limita apenas ao controle de políticas públicas, nem à tutela por meio do processo estruturante, de modo que os direitos de interesse público podem ser impetrados em reclamação à Corte de diversas formas, inclusive pela via tradicional de processo judicial civil. Contudo, no que cabe ao objeto de pesquisa, a tutela de interesse público que se desenvolverá pela via estrutural, deve se iniciar com o operador do direito, que verifica se o caso refere-se a um litígio complexo, e ainda, se a ameaça ou lesão a direito fundamental não

¹⁸⁶ “Art. 2. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais: I – proporcionalidade; II – razoabilidade; III – garantia do mínimo existencial; IV – justiça social; V – atendimento ao bem comum; VI – universalidade das políticas públicas; VII – equilíbrio orçamentário”. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=90AAEED4ED75CD501044BED0E356A262.proposicoesWebExterno2?codteor=1283918&filename=Tramitacao-PL+8058/2014. Acesso em 03 de janeiro de 2019.

¹⁸⁷ WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – Mínimo Existencial e demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. In: GRINOVER. Ada Pelegrini, WATANABE, Kazuo (coords). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

pode ser eliminada pela via processual tradicional, mas apenas por meio da reestruturação de comportamentos institucionais, sendo este o critério fundamental para que a interpretação constitucional seja realizada por meio deste procedimento.

2.3. O processo judicial como locus privilegiado para decisões estruturais

A linha de raciocínio até aqui desenvolvida insere o processo estruturante dentro do gênero amplo da adjudicação do interesse público, reservando-o à resolução de conflitos de interesse público de caráter complexo, se diferenciando das demais tutelas constitucionais ordinárias existentes nesse gênero, inclusive do controle de políticas públicas, em razão de sua finalidade estrutural.

O acento focado na intervenção judicial sobre as estruturas sociais, em contexto amplo, e não apenas sobre o comportamento do Estado, permite delimitar a abrangência conceitual dos processos estruturais, o que não significa abandonar ou adotar linha de raciocínio em oposição a toda discussão constitucional e processual fértil, estabelecida em torno do controle de políticas públicas no Brasil.

Pretende-se compreender que o processo estrutural visa a resolver litígios complexos institucionalizados, quando procedimentos regulares de tutela do interesse público em litígios constitucionais mostrarem-se insuficientes, além de asseverar que, justamente por se referir a uma espécie de proteção de direitos fundamentais tão superiores, tal procedimento deve reforçar o diálogo e cooperação na esfera pública, bem como um devido processo legal coletivo que atue enquanto salvaguarda processual.

Suzana afirma que “discutir se o judiciário pode adentrar em temas políticos no Brasil é menos importante em razão da realidade diária experimentada [pelos Tribunais], de modo que o melhor seria discutir de que forma a judicialização ocorreria e como superar os obstáculos”¹⁸⁸.

Embora tenham ganhado relevância no Brasil dentro do contexto do controle de políticas públicas, não se deve importar uma correlação necessária daqueles para com estas; tampouco

¹⁸⁸ COSTA, Susana Henriques. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm. p. 369. 2017.

limitar os processos estruturais somente ao uso em estruturas burocráticas estatais quando instado na concretização de valores públicos.

Compreende-se que, na contemporaneidade, as estruturas sociais institucionais exercem pressão sobre o indivíduo, muitas vezes, maior do que as ferramentas de controle disponíveis ao Estado para frear os comportamentos que violam direitos fundamentais. Além disso, observa-se que o próprio Estado continua a perpetuar violações que deveria combater. Nesse contexto, certamente, surgem discussões sobre o papel do Poder Judiciário na solução de conflitos e como ele deve se relacionar em esfera pública. No aspecto moral, preocupa-se sobre como indivíduos podem se desenvolver livres de coerções e violações¹⁸⁹.

Edilson Vitorelli assevera que “É um equívoco associar a reforma estrutural apenas a instituições públicas. Apesar de elas serem os réus mais comuns nesses casos, instituições privadas podem perfeitamente demandar alterações estruturais para que resultados sociais sejam produzidos. No mundo contemporâneo, os particulares representam ameaça tão grande ou maior que a do Estado para as liberdades públicas”¹⁹⁰.

Tem-se, portanto, que, inseridos na tutela de interesse público, os processos estruturais devem ser compreendidos como voltados à reestruturação de estruturas sociais complexas, sejam elas públicas ou privadas, que envolvam questões políticas ou não. Seu emprego se revelará útil e adequado sempre que a tutela do direito material depender diretamente dessa reestruturação.

Compreender que nos encontramos, na contemporaneidade, em situação na qual as estruturas sociais exercem pressão sobre o indivíduo muitas vezes maior do que as ferramentas de controle disponíveis pelo Estado para frear comportamentos que violem direitos fundamentais, e que, ainda, o próprio Estado continua sendo um violador, nos leva à necessidade de aprofundamento de discussões sobre o que se compreende como esfera pública no contexto democrático e quais comportamentos que se estabelecem em torno dela, podem ser alvos de análise do Judiciário, de modo a observar certo procedimento que guarde consonância com o devido processo legal, contribuindo para proteger a capacidade dos indivíduos, de se relacionarem nessa esfera livres de coerções e violações¹⁹¹.

¹⁸⁹ FISS, Owen. *The Irony of Free Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

¹⁹⁰ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: *Processos Estruturais*. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Salvador: JusPodivm. p. 371. 2017

¹⁹¹ FISS, Owen. *The Irony of Free Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

O reconhecimento do interesse e da liberdade dos ausentes processuais será, certamente, o grande desafio de um processo estrutural, especialmente no contexto brasileiro de legitimação legislativa *ope legis* sobre aqueles que podem provocar a Corte, conforme será mais bem apresentado no capítulo a seguir.

Certamente não se pretende afirmar que o judiciário seja o único meio para proteção da liberdade, diversos filósofos morais, entre eles Axel Honneth, desenvolvem fortes críticas sobre os limites do procedimentalismo jurídico para lidar com os novos conflitos sociais de uma sociedade altamente globalizada, individualista e sob o apogeu de um capitalismo que inviabiliza a diferença¹⁹², de modo que o ideal seria que a sociedade não precisasse do direito para que garantias fossem respeitadas.

Contudo, mesmo Honneth não nega a possibilidade, em determinados casos, de que a liberdade moral reflexiva do “Eu, em Nós”, (a vontade individual reconhecida e respeitada por terceiros) seja em algumas condições, garantida por meio de procedimento que reconheça a alteridade¹⁹³ a partir de algumas garantias processuais.

Sobre formas de se proteger a liberdade, em que pese matriz teórica totalmente distinta, Owen Fiss, quando trata dos limites da liberdade de expressão, afirma que, com o pleno desenvolvimento do Capitalismo, muitas vezes as práticas de mercado violam a livre informação, em especial no contexto de empresas e instituições que deveriam garantir a liberdade de opinião e se tornaram, hoje, as fomentadoras de violações de direitos constitucionais em massa¹⁹⁴.

Não parece forçoso considerar o Judiciário como *locus* privilegiado de tais discussões públicas, na compreensão de Owen Fiss e Edilson Vitorelli, uma vez que os limites da autoridade de deliberação da Corte são regradados à contingência do procedimento posto para adjudicação, podendo o Processo Estrutural, se observados os requisitos de um devido

¹⁹² HONNETH, A. A textura da justiça - Sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. Porto Alegre: *Civitas Revista de Ciências Sociais*, ed. 9, n. 3, set-dez 2009. pag. 345-368; A Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34. 2009; *O direito da Liberdade*. Tradução de Saulo KRIEGER. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

¹⁹³ HONNETH, Axel. *O direito da Liberdade*. Tradução de Saulo KRIEGER. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

¹⁹⁴ FISS, Owen. *The Irony of Free Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p 98.

processo legal coletivo, ser um procedimento possível de tutelar litígios complexos¹⁹⁵ e propiciar amplo diálogo de alteridade.

O que irá definir se ele pode ser espaço privilegiado de discussão isonômica, nesse ambiente, será a forma como o procedimento irá desenvolver limites e controles para que diferenças sociais assimétricas possam ser niveladas, a fim de atingir um padrão de igualdade entre as partes, capaz de permitir a exposição das controvérsias e a resolver o conflito de maneira adequada a pretensão de correção do direito.

Isso porque, do ponto de vista democrático, o procedimento ético-racional vincula o Estado Democrático de Direito, que somente pode ser considerado justo, se propicia o processo como espaço adequado para a intermediação entre o sistema jurídico e o mundo da vida, permitindo que os vários níveis de tensão entre validade e facticidade da autonomia da vontade dos sujeitos fiquem evidenciados de forma imparcial no julgamento e na vontade¹⁹⁶.

A adjudicação civil de valores públicos violados por instituições sociais de grande relevância amplifica essa tensão entre direito e política, porque envolve diversas colisões de direitos fundamentais coletivos que, se devidamente adjudicados, trarão grande impacto social. Isso acentua a necessidade de um caráter democrático na tomada de decisão pela Corte, que deve se iniciar por meio de um procedimento ético-racional contingente, a partir de um núcleo processual central que permita diálogo efetivo e cooperação das partes formais e dos grupos ausentes, a fim desempenhar uma autocontenção da discricionariedade do Juiz e das partes quando interpretam valores constitucionais em litígios complexos.

A fim de indicar este núcleo central e suas características, no próximo capítulo, abordaremos as características que Abram Chayes veio a denominar de “Um novo modelo de litigação civil”¹⁹⁷, bem como técnicas de salvaguardas processuais que devem ser observadas para aplicação desta proposta na realidade brasileira.

¹⁹⁵ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. (tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles) São Paulo: RT. p. 16. 2004.;

¹⁹⁶HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2011.; Soberania popular como procedimento. São Paulo: *Revista Novos Estudos*, ed. 26. pags. 100-113. março-1990.

¹⁹⁷ “[...] a new model of civil litigation”. CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, mai-1976. pag. 1982.

3. O PROCEDIMENTO ESTRUTURAL

Depois da identificação de que o processo estrutural é uma espécie de procedimento do gênero tutela para o interesse público adequado ao uso em litígios complexos, além de que o reconhecimento do amplo efeito de proteção à direitos, conferido a esse tipo de adjudicação, modifica o comportamento e a autoridade do Judiciário, no modo como o conflito é solucionado, passaremos a identificar os princípios que orientam sua atuação, as ferramentas úteis para a construção do procedimento, e as garantias a serem observadas na implementação das medidas necessárias à proteção do objeto material litigioso pela Corte.

Desse modo, utiliza-se, como pressuposto, de agora em diante, que o objeto do direito material cujas características se pretendam identificar, refere-se a um litígio complexo e irradiado. Ademais, se faz a conjectura de pelo menos o objetivo de uma das partes, ou da jurisdição, visa a reestruturar comportamentos e práticas de instituições públicas ou privadas violadores de direitos fundamentais de determinado grupo social, e que a reivindicação não possui exclusivamente objetivo final reparatório, mas o de fazer cessar tal comportamento, por meio de um processo estruturante para proteger um direito fundamental.

3.1. Características principiológicas do procedimento

Segundo Chayes¹⁹⁸, a sentença estruturante tem como objetivo evitar danos futuros e não compensar erros cometidos no passado. Além disso, a solução definida pela Corte para a tutela integral dos direitos somente se cristaliza durante o desenvolvimento do caso concreto, não podendo ser lógica e diretamente deduzida de previsão legal. Nesse contexto, o *decisionmaking* da Corte possui caráter (1) prospectivo ou pró-futuro. Ademais, a ordem emanada pela Corte possui caráter complexo e, desse modo, é (2) realizada em progressões, além de se apresentar diluída em atos decisórios continuados, ao contrário de sentença única, como no modelo tradicional. Como via de consequência, os atos de decisão do juiz não encerram o processo, mas, ao invés disso, (3) prolongam e aprofundam a autoridade da jurisdição para coordenar a implementação das ordens emanadas, sem que isso signifique discricionariedade e poderes amplos.

Na realidade, nas decisões de processo estruturante, há necessidade de mudança de comportamento por parte do juiz do litígio. O magistrado deve, para que ele atue enquanto (4)

¹⁹⁸ CHAYES, Abram. The role of judge. Op., Cit., p. 1298. 1976.

coordenador dos trabalhos, ter papel de diálogo por meio do (5) contraditório, em que as partes se envolvam na mudança de comportamento que se propõe. Além do mais, as partes influenciam o desenho da decisão, contribuindo com as soluções que serão implementadas na própria instituição alvo da adjudicação¹⁹⁹.

Para Chayes²⁰⁰, esse formato de *decisionmaking* implica estrutura de trabalho negociada, porque o sucesso da decisão é auferido sobre o grau de exequibilidade da ordem emanada em desfavor da instituição. Nesse caso, (6) as partes atuam de maneira cooperada para solucionar o conflito e o Tribunal exerce sua autoridade no controle dos atos praticados e na palavra final de como a decisão será cumprida. Nesse quadro, o processo de negociação cooperada minimiza a possibilidade de erros, como ocorre quando se verificam decisões tomadas de maneira unilateral pelo juiz, além de despertar certo engajamento das partes, objetivando propostas realmente suficientes para a mudança de comportamento, sem a intervenção direta que venha a agravar a condição institucional da parte ré.

Assim, quando a entidade violadora sugere propostas que ela própria tenha condições de cumprir, a decisão estrutural aumenta as chances de sucesso. A ordem judicial passa a ser aceitável para as partes e sua execução suficiente ao objetivo da demanda, em razão da qualidade do acordo. Ao Juiz resta a tarefa realmente mais importante: o controle das práticas realizadas pelas partes e do procedimento, de modo a verificar se o objetivo das decisões está sendo cumprido²⁰¹.

¹⁹⁹ Ibidem., p. 1298. 1976. Transcrito: “The centerpiece of the emerging public law model is the decree. It differs in almost every relevant characteristic from relief in the traditional model of adjudication, not the least in that it is the centerpiece. The decree seeks to adjust future behavior, not to compensate for past wrong. It is deliberately fashioned rather than logically deduced from the nature of the legal harm suffered. I provide for a complex, ongoing regime of performance rather than a simple, one-shot, one-way transfer. Finally, it prolongs and deepens, rather than terminates, the court’s involvement with the dispute. But it cannot be supposed that the judge, at least in a case of any complexity, composes it out of his own head. How then is the relief formulated? [...] Let me nonetheless suggest a prototype that I think finds some support in the available materials. The court will ask the parties to agree on an order or it will ask one party to prepare a draft”.

²⁰⁰ CHAYES, Abram. The role of judge. Op., Cit., p. 1298-1299. 1976.

²⁰¹ “In first case, a negotiation is stipulated. In the second, the dynamic leads almost inevitably in that direction. The draftsman underleads almost inevitably in that direction. The draftsman understands that his proposed decree will be subject to comment and objection by the other side and that it must be approved by the court. The negotiating process ought to minimize the need for judicial resolution of remedial issues. Each party recognizes that it must make some response to the demands of the other party, it must make some response to the demands of the other party, for issues left unresolved will be submitted to the court a recourse that is always chancy and may result in a solution led acceptable than might be reached by horse-trading. [...] Thus, the formulation of the decree in public law litigation introduces a good deal of party control over the practical outcome”. In: CHAYES, Abram. The role of judge. Op., Cit., p. 1299. 1976.

Para Marco Antônio Rodrigues²⁰², no campo cognitivo, em razão da relevância e repercussão social, econômica e política dos temas submetidos à apreciação judicial, o procedimento deve ser estruturado da forma mais democrática possível, não apenas no campo do processo de conhecimento, como também no aprofundamento da fase probatória, inclusive, por meio de mecanismos processuais atípicos. Embora, não previstas de maneira formal no ordenamento, mas por meio de cláusula geral de aplicação, as soluções negociadas atípicas contidas no artigo 190 do CPC são compatíveis com o modelo cooperativo e democrático de processo civil (art. 5º, 6º, 7º, 8º e 9º do CPC).

Destaca-se entre os mecanismos processuais postos pelo legislador brasileiro para permitir e fortalecer a vontade das partes, os negócios jurídicos processuais, num esforço de prestigiar a consensualidade e o princípio democrático no processo civil²⁰³ e adequado ao processo estrutural.

Ademais, para que a negociação e a consensualidade se tornem viáveis, na adjudicação por processos estruturantes, devem-se observar os requisitos legais exigidos a qualquer negócio jurídico processual previsto no contexto do procedimento tradicional, tais como: (a) os direitos devem admitir autocomposição; (b) as partes devem ser plenamente capazes; (c) não deve haver situação de vulnerabilidade da parte que negociou e (d) nem deve haver nulidades processuais²⁰⁴.

Consoante Rodrigo Gismondi²⁰⁵, a primazia de negócios jurídicos processuais e soluções negociadas visa, em primeiro lugar, à eficiência do processo, em especial da execução, que deixa de servir apenas como sanção. Gismondi²⁰⁶ critica o modelo de execução brasileiro em que o juiz não consulta as partes sobre a possibilidade ou a impossibilidade de cumprimento da decisão judicial. Segundo o autor, esse tipo de prática afigura-se ineficiente e, até ilegítima na superação da crise em processos civis de interesse público. Marco Antônio Rodrigues²⁰⁷ demonstra, outrossim, terminologia aplicada à solução negociada como “execução

²⁰² RODRIGUES, Marco Antonio. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: Câmara, Alexandre Freitas; Pires, Adilson Rodrigues; Marçal, Thaís Boia (Coords.) *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum. p. 150. 2016

²⁰³ Rodrigues, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais. Op., Cit., p.150-151. 2017.

²⁰⁴ Ibidem., 152-153. 2017.

²⁰⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A ‘execução negociada’ das políticas públicas em juízo. São Paulo: *Revista de Processo*. v. 37. p. 25-26, out-2012.

²⁰⁶ GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público e medidas estruturantes*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Op., Cit. p. 185. 2016.

²⁰⁷ RODRIGUES, Marco Antônio, Negócios jurídicos processuais. Op., Cit., p. 162. 2017.

negociada”²⁰⁸, “execução complexa cooperativa”²⁰⁹, ou “execução coparticipativa de interesse público”²¹⁰.

Como se observa, o processo estruturante deve ser observado por meio de situações bastante peculiares. Para Chayes²¹¹, o procedimento possui as seguintes características:

(I) as causas de pedir não se encerram no pedido do autor, mas moldada pelo juízo e pelas partes no curso da demanda; (II) a estrutura das partes envolvidas no litígio não é bipolar e, sim, mutável e amorfa, multipolar; (III) a adjudicação dos fatos não possui viés histórico e inquisitorial, mas pró-futuro e normativo; (IV) a tutela não é empregada para a compensação de erros do passado, ou logicamente derivada de uma previsão legal, nem limita seus efeitos apenas às partes imediatas; (V) a solução não é imposta pelo juízo e, sim, negociada entre os atores envolvidos; (VI) a sentença não encerra o envolvimento judicial, exige participação contínua; (VII) a postura do juiz não é passiva, sua função não se limita a analisar normas legais, ele possui postura ativa, com responsabilidade sobre a avaliação das provas trazidas, como, também, pela coordenação e desenho do litígio a fim de garantir um resultado justo e viável de ser executado; (VIII) a controvérsia da ação judicial não envolve a disputa entre particulares sobre direitos privados, mas um dano provocado pelo mau funcionamento de um direito coletivo.

Do ponto de vista nacional, Rodrigo Gismondi²¹² sugere que determinadas peculiaridades do processo estrutural não vêm recebendo adequada consideração por parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Dentre as situações encontradas e merecedoras de atenção, Gismondi destaca: (a) a insuficiência da tradicional estrutura subjetiva bilateral da lide; (b) a representatividade dos interesses coletivos por legitimados outros que não os próprios

²⁰⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Op., Cit., p. 41. 2012.

²⁰⁹ Ibidem., p. 41. 2012.

²¹⁰ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público. Op. Cit., p. 142-150. 2013.

²¹¹ CHAYES, Abram. The role of judge. Op., Cit., p. 1302. 1976. Transcrito: “(I) The scope of the lawsuit is not exogenously given but is shaped primarily by the court and parties; (II) The party structure is not rigidly bilateral but sprawling and amorphous; (III) The fact inquiry is not historical and adjudicative but predictive and legislative; (IV) Relief is not conceived as compensation for past wrong in a form logically derived from the substantive liability and confined in its impact to the immediate parties; (V) The remedy is not imposed but negotiated; (VI) The decree does not terminate judicial involvement in the affair: its administration requires the continuing participation of the court; (VII) The judge is not passive, his function limited to analysis and statement of governing legal rules; he is active with responsibility not only for credible fact evaluation but for organizing and shaping the litigation to ensure a just and viable outcome; (VIII) The subject matter of the lawsuit is not a dispute between private individuals about private rights, a grievance about the operation of public policy”.

²¹² GISMONDI, Rodrigo. Processo civil de interesse público. Op., Cit., p. 67. 2016.

titulares; (c) o perfil da tutela jurisdicional de viés prospectivo; (d) a necessidade de adequação da fase instrutória a novos padrões de produção de prova; (e) a cognição diferenciada, com o aprofundamento do contraditório e com ampla participação das partes e de outros auxiliares do juízo na construção da decisão justa; (f) a abordagem de situações jurídicas complexas e continuativas; (g) a necessidade de criação de novos padrões decisórios, distintos dos modelos de procedência e improcedência do pedido; (h) técnicas adequadas para efetivação de decisões judiciais complexas.

Segundo Sérgio Cruz Arenhart²¹³, no Brasil, o ambiente adequado para o uso do processo estrutural ainda exige maior compreensão sobre a superação da lógica bipolar de composição das partes; a ampla participação da sociedade destinatária das ordens judiciais; e ampliação de latitude sobre a forma de cognição judicial. O Judiciário deve ter condições de compreender o problema de maneira global e em todas as perspectivas possíveis, extrapolando as condições de cognição disponíveis internamente ao processo. A ampliação de cognição do juízo deve ser revista no contexto do efetivo dever de influência no convencimento do juiz. Em tal ambiente, releva a participação dos impactados pelo processo que não se encontram formalmente vinculados, convertendo-se em requisito central para a legitimidade do procedimento.

Do ponto de vista doutrinal, para Zaneti e Didier²¹⁴, a decisão estrutural, possui conteúdo complexo que, normalmente, prescreve norma de conteúdo aberto com meta assumida pelas partes e estrutura deôntica de norma-princípio. Ao mesmo tempo, a decisões estruturam o modo como a Corte pretende alcançar o resultado almejado e, ainda, determinam as condutas a serem evitadas ou observadas. A decisão assume, por consequência, estrutura deôntica de norma-regra, característica bifronte que demanda acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos envolvidos no processo, sejam eles particulares ou públicos.

Já sobre a compreensão global sobre o litígio complexo, leciona Edilson Vitorelli²¹⁵, tem como desafios: (1) a apreensão do grau de complexidade e conflituosidade do litígio para que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; (2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição com mudança de comportamento; (3) implementação desse plano compulsório ou negociado; (4) fiscalização dos resultados da implementação, como forma de garantir o resultado social do início do processo, com a correção da violação e

²¹³ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro. Op., Cit., 2015.

²¹⁴ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA; Rafael Alexandria; ZANETTI JR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v.8, n. 1, p. 46-64., 2017. p. 49-50.

²¹⁵ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério. Op., Cit., p. 06. 2018.

obtenção de condições, para não se repetir a prática. O processo estrutural qualifica-se como meio de realocação de poder enquanto componente duradouro de negociação política que determina a forma e o conteúdo das políticas públicas e define o juiz como agente de negociação e de troca. Em razão de tamanha complexidade de objetivos, segundo Vitorelli²¹⁶, a decisão estrutural deverá ser dividida em fases para que, em cada uma delas, se cumpram gradualmente as determinações judiciais, de modo a avaliar seus efeitos e mensurar de que modo elas contribuíram para o objetivo final a ser alcançado. Desse modo, o juiz conseguirá obter perspectiva sobre o caso e avaliar os impactos do cumprimento de determinada fase, planejando fases seguintes com certo compromisso dialógico.

Característica relevante do processo estruturante, a prioridade da cooperação e negociação asseverada por uma atuação coordenada da Corte, foi denominada por Tushnet²¹⁷ de modelo *Town Meeting*. Ao contrário do formato adversarial de resolução de controvérsias, no processo estrutural, a Corte media o encontro entre as partes. Verifica-se, no curso da mediação, debate qualificado por meio do contraditório e da cooperação entre instituições sociais e órgãos administrativos e legislativos envolvidos na controvérsia, a fim de contornarem as dificuldades burocráticas. Para Stephen C. Yeazell, o *modelo town meeting de juiz*²¹⁸ leva a Corte a tomar a dianteira no procedimento, a fim de determinar as questões relevantes, tais como conduzir a produção de provas e fomentar o diálogo ampliado entre as partes, bem como estabelecer mecanismos de participação extraprocessual dos todos possíveis impactados. Dentro do processo, por meio de seus representantes, a Corte registra as insatisfações das partes, que, eventualmente, podem contribuir com a medida a ser tomada. A ampliação da participação no processo fortalece o papel do juiz na coordenação dos debates e permite amplo conhecimento sobre o litígio de modo a obter retrato panorâmico acerca dos possíveis impactos que a decisão judicial pode ocasionar.

Além do comportamento processual diferenciado, assevera Vitorelli²¹⁹, há necessidade de precisar o número de pessoas impactadas, as diversas situações em que se encontram e quais são os entraves tradicionais sobre a atuação dos poderes tradicionais que levaram a ter que

²¹⁶ Ibidem., Op. Cit. p. 06. 2018.

²¹⁷ TUSHNET, Mark. “Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century”. *NUJS law review*. ed. 177. abr-2011.

²¹⁸ YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school Case. *Harvard Law Review, Cambridge*, vol. 93, n. 3, p. 465-517, 1980.

²¹⁹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Ed. *Revista dos Tribunais*, 2016.

adjudicar o direito violado. O *modelo town meeting de juiz*, afirma Yeazell²²⁰, visa a estabelecer o “encontro entre vizinhos”, no qual o juiz fomenta recompensas e estímulos para que as partes criem mecanismos de *accountability* com seus representados. Verifica-se, ainda, se o representante atua vigorosamente e de maneira adequada sobre os interesses daqueles que não compõem a controvérsia, mas serão impactados pela medida. Disso emerge a denominação do modelo: *town meeting*.

Owen Fiss²²¹ aponta as seguintes características do procedimento: a) a estrutura policêntrica das partes; b) a preocupação prospectiva da tutela; c) o objeto do processo construído pelas partes e pelo juiz; d) a participação contínua da Corte no processo de desenvolvimento e implementação da medida. Se o procedimento tradicional, afirma Owen Fiss²²², compõe estrutura bipolar de partes e enfrentamento do mérito por meio de julgamento procedente ou improcedente da tutela, o procedimento estruturante visa a atuar exatamente em atenção à complexidade existente no meio dos dissídios sociais contemporâneos.

Fiss²²³ defende que *vários centros* interligados de interesses que compõem um mesmo conflito e distribuem tensões coexistentes entre si, em intensidades diversas para cada um, leva à conclusão de que a decisão pode causar o dobro de tensão sobre o centro anterior, criando ambiente de conflitos ainda mais complexos e prejudiciais ao sucesso da medida adjudicatória. A preponderância do caráter *policêntrico* do litígio, por consequência, justifica o arranjo necessário para que as partes possam superar essa situação *amorfa e dispersa* presentes no conflito. Por outro lado, Chayes²²⁴ considera que, à medida que se intensifiquem as intervenções, alteraram-se as dinâmicas de tensão entre os diversos polos inter-relacionados. Não raro, são introduzidos novos elementos na relação litigiosa, excluídos outros, ou alterados os já presentes.

Cabe frisar que o modelo tradicional de processo, segundo Fiss²²⁵, pressupõe que o objeto da adjudicação é *evento excepcional*, ruptura com o mundo anteriormente satisfatório. A finalidade da decisão judicial, nessa medida, seria buscar retornar ao *status quo ante*, trazendo

²²⁰ YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school Case. *Harvard Law Review, Cambridge*, vol. 93, n. 3, p. 465-517, 1980.

²²¹ FISS, Owen. The Social and Policical Foundations of Adjudication. In: *The Law as It Could Be*. Nova Iorque: New York University Press, p. 51. 2003.

²²² FISS, Owen. The Social and Policical Foundations of Adjudication. Op. Cit., p. 121. 2003.

²²³ FISS, O. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, 93, n. 1, 1979. 01-58.

²²⁴ CHAYES, Abram. Op. Cit., p. 1291-1292. 1976.

²²⁵ FISS, Owen. The Social and Political Foundations of Adjudication, Op. Cit., p. 123. 1982.

as coisas de volta ao “normal”. Decisões estruturantes, frequentemente, denegam essa assunção, questionando se, de fato, o *status quo ante* é desejável ou satisfatório. Medidas estruturais impõem a criação de *novo estado de coisas*, cuja essência deve se conformar aos valores públicos buscados. Fiss²²⁶ observa que tal viragem, inequivocamente, não deve ser confundida com sistema permissivo de impunidades. Na verdade, o procedimento é pragmático no reconhecimento de que o combate individualizado a eventos transgressivos não é suficiente à efetiva tutela dos direitos no contexto de violações estruturais.

A estrutura policêntrica das partes, portanto, pode ser considerada o ponto comum entre as teses de Abram Chayes e Owen Fiss e, na perspectiva comparada, com o esforço desempenhado por Edilson Vitorelli em sua tipologia dos conflitos. Os autores afirmam que o alto grau de conflituosidade de interesses entre as partes que compõem o mesmo polo pode ser verificado em razão da falta de coesão e unidade sobre os objetivos que pretendem alcançar pela via judicial, bem como sobre o alcance da reparação do dano provocado. Se Owen Fiss²²⁷ identificou o fenômeno como policentria, Abram Chayes o denominou de *amorfia e dispersão*, uma vez que cada grupo, genericamente identificado, possui subgrupos de atores que divergem quanto aos objetivos necessários para o término da demanda.

Nesse ambiente de multipolaridade, bem como de amorfia e dispersão de interesses, a complexidade que envolve a tutela dos direitos insere-se na alta conflituosidade entre as partes. O papel democrático das Cortes, diante de tamanha diversidade, circunscreve-se na ponderação dos resultados da decisão judicial. Deve-se refletir se serão alcançados os objetivos finais para todos os destinatários e de igual modo. A demanda deve ser composta de canais de participação dos diversos subgrupos sociais que compõem o polo processual, proporcionando um contexto de avaliação constante da representatividade do processo e de suas consequências para aqueles que dele não participam²²⁸.

²²⁶ FISS, Owen. *The Forms of justice*. Op. Cit. p. 16. 1979.

²²⁷ “The characteristic features of the public law model are very different from those of the traditional model. The party structure is sprawling and amorphous, subject to chance over the course of litigation. The traditional adversary relationship is suffused and intermixed with negotiating and mediating processes at every point. The judge is the dominant figure in organizing and guiding the case, and he draws for support not only on the parties and their counsel, but on a wide range of outsiders – masters, experts, and oversight personnel. Most important, the trial judge has increasingly become the creator and manager of complex forms of ongoing relief, which have widespread effects on persons not before the court and require the judge’s continuing involvement in administration and implementation”. In: CHAYES, Abram. Op. Cit., p. 1285. 1976.

²²⁸ CHAYES, Abram. Op. Cit. p. 1291-1292. 1976.

A tutela jurisdicional, desenvolvida no processo estruturante, guarda caráter prospectivo, contínuo e maleável. A decisão estruturante não encerra o procedimento, mas inicia a relação da Corte com as instituições envolvidas e a sociedade atingida, de modo que o objetivo da adjudicação não é alcançado apenas pela reparação de danos ocorridos no passado, mas quando se torna possível reestruturar comportamentos, para se evitar, no futuro, que determinado tipo de estado de coisas transgressivo se perpetue²²⁹.

3.2. O núcleo processual central dos processos estruturantes

Identificadas certas características que diferenciam o “novo modelo de litigação civil”²³⁰, nesta seção, apresenta-se o núcleo processual de garantias a serem observadas para que o procedimento seja considerado devido. Discute-se a problemática que envolve o controle da representação adequada, a participação dos ausentes e o contraditório renovado.

No capítulo anterior, abordamos a excepcionalidade do uso de um processo estrutural, bem como sua relação no contexto da tutela de interesse público em litígios complexos. Ressaltamos seu *locus* privilegiado para os debates públicos sobre direitos fundamentais violados. Determinadas garantias ético-procedimentais, porém, devem ser observadas em processos estruturais, em razão da necessidade de mitigar previsões legislativas, que colidam com a implementação da decisão ou contrariem seus princípios, a fim de adequar a tutela aos direitos protegidos em contexto complexo. Isso leva, sob diversos aspectos, ao aumento do espaço de discricionariedade do juiz e das partes, a partir de determinadas justificativas relacionadas a ganhos de eficiência que justificam o incremento dos poderes e a revisão sobre os limites da autoridade da Corte (*inherent power*)²³¹.

O reconhecimento pragmático de que procedimentos personalizados devam ser desenvolvidos, para a tutela integral de litígio complexo estrutural, não se revela enquanto poder ilimitado para afastar a lei, de modo que essa adequação deve guardar limites por meio de certas garantias processuais que sustentem a legalidade do desenho processual realizado. Ao invés, contudo, de descrever o modo como os institutos processuais ordinários interagem e

²²⁹ FISS, Owen. *The Forms of Justice*, Op. Cit., 1979. p. 23.

²³⁰ CHAYES, Abram. Op. Cit., p. 1291-1292. 1976.

²³¹ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2002.

sofrem alterações e reconstruções por meio do processo estruturante ou, ainda, apresentar casos paradigmáticos em que o Poder Judiciário modificou determinados institutos processuais, optou-se por verificar se, durante o uso e desenho do procedimento, um núcleo processual obrigatório não deve ser observado.

De acordo com Tidmarsh²³², constitui premissa que sempre haverá intensos debates sobre os limites de adequação dos procedimentos tradicionais ao caso concreto e que a defesa de uma ou outra posição sustenta, em maior ou menor medida, critérios de eficiência, em detrimento da segurança jurídica, ou o inverso, faz parte da estratégia comportamental das partes (*strategic behavior*) a defesa de teses em um ou outro sentido para beneficiar seus interesses. Louis L. Jaffe²³³ aborda questão similar sobre o comportamento estratégico das partes, chamando atenção sobre a opção do autor que pretende revisar as funções tradicionais do judiciário para atuar em casos controvertidos.

O processo estruturante emerge justamente quando os procedimentos ordinários não conseguem responder, na exata medida, à proteção dos direitos envolvidos no caso concreto. Modificações experimentais irradiam pressão sob o *iter* procedimental e passam a se justificar por meio de subjetividade argumentativa das partes, sobretudo, refletida na realização do interesse público. A flexibilidade procedimental *ope judicis* aumenta os poderes da Corte (*Inherent Power*) para a adequação do procedimento que envolve a adjudicação de litígio complexo. No entanto, é forçoso argumentar que essa autorização constitucional, oriunda da garantia de que direitos prescindem remédios (art. 5. XXXV da CFRB), permite que as partes legislem no lugar da Lei, criando livremente seu procedimento, ou que a subjetividade para a adequação não envolve nenhum tipo de controle autocontingente.

Nessa linha de raciocínio, Jay Tidmarsh e Roger H. Trangsrud²³⁴ sustentam que, em litígios complexos, os requisitos para que se reconheça *o decisionmaker* como justo também sofrem alterações. Para os autores, há dificuldade prática na forma de decidir (*decisionmaker*) em litígios complexos, tanto em relação à impossibilidade de se conhecer, previamente, como a

²³² TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. New York: Foundation Press. pags. 303. 2002.

²³³ JAFFE, Louis L. The citizen as litigant in public action: the Non-Hohfeldian or ideological plaintiff. *University of Pennsylvania Law Review*. vol. 116. pags. 1033-1047. 1968.

²³⁴ TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation*. Op., Cit., pag. 278. 2002. Transcrito: “[...] the inability of decisionmaker to provide de actual victims od wrongdoing the exact remedy – no more and no less – that they deserve”.

violação ocorre quanto à incapacidade de se entregar a exata tutela, perfeitamente adequada à proteção das vítimas, isto é, nem mais, nem menos do que elas mereçam.

Contudo, decisões desse tipo são tomadas diariamente, tanto no Brasil²³⁵, quanto nos EUA²³⁶. Ademais, no contexto democrático, deve haver meios jurídicos racionais para avaliar a qualidade das decisões, um teste de verificação sobre as razões de decidir, o que não exclui a observância de certo núcleo mínimo de garantias e salvaguardas processuais, mesmo diante da excepcionalidade do procedimento. A proteção da sociedade impõe os limites para o exercício da autoridade judicial, a fim de que tal procedimento seja considerado justo e legítimo²³⁷. Essas salvaguardas à sociedade, importante frisar, são limites para o exercício da autoridade judicial, dentro de padrões impostos como civilizados por determinada cultura para o procedimento de solução do conflito, a fim de que seja considerado justo e legítimo²³⁸.

No contexto do processo estrutural, em primeiro lugar, deve-se verificar se as soluções existentes, por meio do processo ordinário, são suficientes. Diante de sua aplicação, ainda que com alguns ajustes, não haverá ônus argumentativo que sustente afastar a técnica tradicional, quando ela expressamente prevista. Demonstrada a insuficiência de seu uso, ou que a regra permite flexibilizações, os ajustes necessários ao procedimento não sugerem a criação de soluções fora do ordenamento jurídico.

A admissão da insuficiência da técnica tradicional e dos desafios da flexibilização dos procedimentos, discute-se a (re)construção do devido processo legal. Admite-se que há certo núcleo limitador de atuação da jurisdição e das partes, ao longo do procedimento construído, relacionado às justificativas apresentadas, os argumentos que modificam o procedimento para o cumprimento dos objetivos inicialmente traçados, a finalidade de obtenção da sentença estrutural e a observância da garantia contextualizada.

²³⁵ Podemos citar como exemplos brasileiros de decisões em litígios complexos: RE 635.659, ADPF 347, ADIN 3510, ADIN 4277, ADPF 132. Para saber mais: JOBIM, Marcos Félix. A structural reform no direito brasileiro e a atuação democrática do Supremo Tribunal Federal na sua implementação. In: ALVIM, Tereza Arruda; DIDIER JR., Fredie. (orgs). *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 1. 2018.

²³⁶ Alguns exemplos são os julgamentos de *Roe v. Wade*, 410 U.S 113 (1973), *Martin v. Wilks*, 490 U.S 755 (1989); *Richards v. Jefferson City, Alabama*, 517 U.S. 793 (1996); *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976), dentre outros.

²³⁷ CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual – Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

²³⁸ *Ibidem.*, 2014.

3.2.1. O devido processo legal coletivo

A fim de compatibilizar a tutela coletiva de direitos *lato sensu* com o devido processo, especialmente no Brasil, o contraditório – com a efetiva influência dos atores processuais, a participação dos ausentes e o controle adequado da representação – assume o papel de garantidor de direitos também no contexto coletivo, e que, por via de consequência, todos esses elementos compõem o núcleo do devido processo legal coletivo²³⁹. Para esse giro de abordagem, toma-se como premissa, a partir de Carlos Alberto Alvaro²⁴⁰, que o processo não se resume apenas a ser instrumento disponível às partes ou oferecido pelo Estado para resolver direitos privados. Enquanto garantia fundamental de um procedimento justo para se obter o direito, ele atua como limite-contingente aos poderes do Juiz e sobre a Jurisdição.

O processo constitui-se, portanto, em instrumento público de garantia às partes de que o conflito será resolvido de modo justo, imparcial e adequado à tutela dos direitos em jogo, independente da assimetria que possa envolver as relações processuais. Somente a partir dessa segurança é que o processo se viabiliza como *locus* privilegiado para o exercício dos direitos fundamentais na esfera pública, pois, de outro modo, pode ser utilizado instrumentalmente para justificar autoritarismos, corporativismos, interesses do mercado ou posicionamentos que não se coadunam com o interesse público²⁴¹. O próprio processo compõe em si direito fundamental, devendo ser compreendido enquanto direito processual constitucional ao processo justo, em igual equiparação aos demais direitos fundamentais²⁴².

Ora, se o processo, em sua forma ampla é direito fundamental, o processo estruturante, compreendido enquanto procedimento disponível para a adjudicação de litígios complexos e por meio da interpretação de valores constitucionais em jogo, reveste-se em garantia de acesso à Corte, por meio de um procedimento justo, independente do conteúdo de direito

²³⁹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

²⁴⁰ ALVARO, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista dos Tribunais*, ano 31, n. 137, pag. 7-32. julho de 2006, São Paulo; A garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT. p 132-150. 1999; O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 260-274. 2003.; A garantia do contraditório. *Genesis Revista de Processo Civil*, vol. 10, p. 667-680. 1998,

²⁴¹ FISS, Owen. Free speech and Social Structure. *Iowa Law Review*. vol. 71. pags. 1405-1425. 1986.

²⁴² MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em direito PPGDIR/URFGRS*, vol. X., n. 3, p. 253-283. 2015.

material que ele visa a assegurar²⁴³. Por outro lado, deve-se buscar objetivamente os critérios considerados viáveis para que a Corte não viole o direito fundamental ao devido processo ao determinar certo tipo de conduta diversa dos procedimentos tradicionais.

No contexto brasileiro, de acordo com Grinover, se inserem como elementos do devido processo legal a exigência de um juiz natural (tribunal imparcial), a garantia de acesso à justiça e à ampla defesa (conhecimento da ação, produção de provas e representação por advogado) e o contraditório²⁴⁴.

Antônio do Passo Cabral²⁴⁵ identifica, como requisitos mínimos ao procedimento justo, aqueles em que as partes afetadas com a decisão tenham o direito de participar e influenciar nas razões que motivaram a medida. Adota-se a perspectiva relacionada à garantia do contraditório, que extrapola seu aspecto formal, para dar lugar à efetiva influência das partes nas razões de decidir da Corte por meio do desenvolvimento de comportamento leal, cooperativo e em busca da verdade. Cabral²⁴⁶ reforça, ainda, que a participação em contraditório não se limita aos aspectos de manifestação formal sobre questões de direito, mas sobre concreto exercício do direito de defesa, na formação do convencimento do juiz, com a garantia do direito de influência.

A esse respeito, o artigo 6º da Convenção Europeia de Direito Humanos dispõe que: “na determinação de direitos civis ou de obrigações advindas de quaisquer acusações criminais contra si, qualquer pessoa terá o direito a uma audiência justa e pública, conduzida dentro de prazo razoável, por um tribunal, criado por lei, independente e imparcial”²⁴⁷. Por sua vez, Neil

²⁴³ MADUREIRA, Claudio. Direito. processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça. São Paulo: Ed. Juspodivm. p. 77-79 2014.; ZANETI JR. Hermes. Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. op. cit., p. 44. 2013.

²⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e par conditio na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, (coord). *O processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1986; NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT. 2006.

²⁴⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no Processo moderno*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 120. , 2010.; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

²⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n. 2, p. 449-463. 2005.

²⁴⁷ “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law” Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Acesso em 10 de março de 2019.

Andrews²⁴⁸, ao comentar a incorporação desse princípio ao ordenamento jurídico do Reino Unido, por meio do *Human Rights Act de 1998*²⁴⁹ aprovado pelo parlamento, considera que, entre os elementos identificados na Convenção, o direito à audiência justa se trata de conceito aberto que engloba, ao menos: 1) o direito de estar presente a uma audiência com a outra parte; 2) o direito à “paridade de armas”; 3) o direito à justa apresentação das provas; 4) o direito de inquirir testemunhas da parte adversa; 5) o direito a uma decisão fundamentada²⁵⁰.

Carlos Alberto Alváro de Oliveira, possui obra fundante desta compreensão de garantia do contraditório, identificando a importância do efetivo dever de influência sobre o andamento do processo e do resultado. Este trabalho dialoga com diversos autores e posicionamentos complementares sobre o assunto, e parece adequada auxiliando o uso das técnicas de representatividade de Vitorelli²⁵¹.

Jay Tidmarsh e Roger H. Trangsrud²⁵² afirmam que a compreensão sobre o devido processo legal adquire significados diversos a partir de diferentes contextos, mas requer que, antes do julgamento privar determinada pessoa de seus interesses vitais de liberdade ou propriedade, ela possa ser citada (*notice*) quanto à existência de procedimento que a contraria, bem como ser ouvida (*hearing*) durante o procedimento (*a day in a court*). O citado requisito pode ser observado no julgamento de *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306 (1950)²⁵³ que se assemelha com a perspectiva, no sistema *civil law*, de citação e contraditório²⁵⁴.

O julgador, ainda, ao formar sua decisão, deve se utilizar de argumentos racionais, firmados dentro do procedimento, como é possível observar no precedente estabelecido em *Japanese Elec. Prods. Antitrust Litig.*, 631 F. 2d 1069 (3d Cir. 1980)²⁵⁵. No contexto americano, ainda

²⁴⁸ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista, dos Tribunais. 2012.

²⁴⁹ Conheça sobre a legislação em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>. Acesso em 10 de abril de 2019.

²⁵⁰ *Ibidem.*, pag. 66-67. 2012.

²⁵¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 15, p. 7-20, 1998.

²⁵² TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press. pag. 02-03. 2002.

²⁵³ Para conhecer a íntegra do julgamento: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/339/306/>. Acesso em 10 de abril de 2019.

²⁵⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n. 2, p. 449-463. 2005.

²⁵⁵ Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/723/238/319637/>. Acesso em 15 de Março de 2019.

deve levar em consideração aspectos relacionados à eficiência da Justiça, pilar desenvolvido pelo pensamento de *Law and Economics*, que se estabelece na verificação dos custos do processo judicial e dos riscos de erro das decisões judiciais, tal qual precedente firmado em *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976)²⁵⁶.

Henry Friendly²⁵⁷ compreende que, para se considerar o direito de ser ouvido como justo (*fair hearing*), haveria certos elementos essenciais que devem ser observados pela Corte: (1) tribunal imparcial, (2) ciência inequívoca do réu de que tramita uma ação que pode prejudicá-lo, (3) oportunidade de apresentar razões e argumentos durante a instrução processual, (4) direito de apresentar testemunhas, (5) ter conhecimento sobre as provas que lhe prejudicam (6) direito a obter julgamento baseado somente nas provas apresentadas no processo, (7) direito a advogado, (8) direito a decisão fundamentada.

Sobre *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976), importa assinalar que o julgamento do caso ganhou grande repercussão sobre os direitos fundamentais dos americanos, pois se realizou a construção de um “teste” interpretativo de balanceamento, para avaliar as restrições que determinado comportamento impõe à garantia do devido processo legal, em especial, os comportamentos estatais julgados como violadores de direitos fundamentais²⁵⁸. Durante o teste, a Corte deveria observar os interesses privados afetados pela decisão, o risco existente em razão da privação indevida desses interesses e o potencial que os procedimentos a serem adotados teriam para evitar esse risco, bem como quais seriam os interesses do Estado na restrição e quais custos seriam suportados para que garantias procedimentais do devido processo e isonomia fossem aplicadas ao caso, assumindo a cláusula do devido processo legal, a partir de então, caráter instrumental, com seus elementos não possuindo um valor em si, mas condicionado a sua venalidade em um determinado contexto²⁵⁹.

Lawrence Rosenthal após intensa pesquisa histórica que visava identificar um sentido original sobre devido processo legal no texto constitucional americano, também observa que

²⁵⁶ Tradução livre: *Primary Holding (fundamentos determinantes)*: “O devido processo legal deve ser avaliado por um teste de balanceamento sobre seu uso, que leve em consideração os interesses do governo, os interesses individuais, o risco de erro que envolve o procedimento, como também os custos para o prosseguimento do processo judicial e de que modo ele poderia ajudar a justiça” Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/319/>. Acesso: 15 de Março de 2019.

²⁵⁷ FRIENDLY, Henry. Some Kind of hearing. *University of Pennsylvania Law Review*, n. 123, pags. 1979, 1280, 1281, 1287 e 1291. 1975.

²⁵⁸ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pags. 142-143. 2016.

²⁵⁹ Ibidem., pag. 143. 2016.

evidências demonstram que o sentido original de devido processo legal se mostra impreciso e incompleto, reconhecendo que seu termo vago não fornece um guia confiável para tomada de decisões se interpretado em sentido literal. Nesse caso, a existência desta garantia constitucional certamente se mostra um convite para subjetivismos judiciais durante o ato de interpretá-la, mas também, um convite para que o direito se desenvolva historicamente, permitindo uma evolução do que se compreende como processo devido ao longo do tempo, de modo que seria a própria história, ao se analisar precedentes, que demonstra não haver um sentido de devido processo legal literal no texto constitucional.²⁶⁰

Edilson Vitorelli sustenta que a compreensão desse precedente demonstra a densificação da cláusula do devido processo legal pela Corte, tomada em seu contexto, isto é, por meio de uma ponderação sobre o uso ou inobservância de determinada regra em particular, ou de ato governamental, avaliando sua compatibilidade com o direito constitucional, naquilo que afetar os direitos e as liberdades individuais, a partir das razões que justifiquem a finalidade do ato praticado naquele conflito²⁶¹.

Rosenthal²⁶², após intensa pesquisa histórica, observa que o sentido original do devido processo legal se mostra impreciso e incompleto, reconhecendo que seu conceito vago não fornece guia confiável para a tomada de decisões. Nesse caso, a existência da garantia constitucional certamente se mostra um convite para subjetivismos judiciais durante o ato de interpretá-la, mas, por outro lado, encoraja o direito se desenvolver historicamente. Edilson Vitorelli²⁶³ sustenta que a compreensão desse precedente demonstra a densidade interpretativa da cláusula do devido processo legal realizada pela Corte. Nota-se a ponderação sobre o uso ou não de determinada regra em particular, ou de ato governamental, a partir de sua compatibilidade com o direito constitucional naquilo que afeta os direitos e as liberdades individuais e pelas razões que justifiquem a finalidade do ato praticado naquele conflito. Ainda segundo Vitorelli²⁶⁴, esse modo de controle do devido processo legal permite ao Judiciário realizar certos ajustes em institutos processuais, ou no uso de determinadas medidas atípicas que visem a assegurar o objetivo do direito em relação a certo contexto

²⁶⁰ ROSENTHAL, Lawrence. Does Due Process Have an Original Meaning? On Originalism, Due Process, Procedural Innovation and Parking Tickets. *Oklahoma Law Review*. vol. 60, n. 1. pags. 01-52. 2007. pag. 52.

²⁶¹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pag. 140 e ss. 2016.

²⁶² ROSENTHAL, Lawrence. Does Due Process Have an Original Meaning? Op., Cit., pag. 52. 2007.

²⁶³ VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. Op., Cit., pag. 140 e ss. 2016.

²⁶⁴ Ibidem., pag. 147. 2016.

jurídico concreto. Nessa perspectiva, os elementos do devido processo legal, embora em ordenamentos jurídicos distintos, parecem se estabelecer a partir do núcleo central de garantia que, nos EUA, se resume ao conceito de *notice and hearing*, conforme anteriormente identificado.

De acordo com Susan Sturm²⁶⁵, a cláusula do devido processo legal, a partir de tais garantias, estimula o juiz a não apenas se preocupar em proferir a sentença de acordo com o direito, mas em atuar na mediação dos interesses, estimulando que pontos de vista relevantes sejam confrontados processualmente. Sturm²⁶⁶ argumenta que, no contexto dos processos estruturantes, o procedimento deve ser capaz de determinar direitos e responsabilidades dos envolvidos, durante a adjudicação de *public law remedy*. Desse modo, e de acordo com Nicola Picardi²⁶⁷, a participação no procedimento também serve a valores mais amplos e elevados do que apenas o conteúdo formal existente no contraditório enquanto mera contraposição de teses escritas. Para Sturm²⁶⁸, o sucesso do que a Corte visa a implementar depende da correta avaliação dos impactos que a medida provoca, bem como da verificação do grau de efetividade para a implementação da decisão judicial. Não é possível ao juiz levantar tais variáveis sem avaliar as consequências por meio da cooperação com os sujeitos que sofrerão a sentença, obtidas por argumentos e manifestações prévias.

A esse respeito, Edilson Vitorelli²⁶⁹ afirma que, no Brasil, as garantias que envolvem o devido processo legal sempre se relacionaram com o direito de participação sob o contexto do contraditório, instituto de origem italiana, com a compreensão deste postulado enquanto princípio geral do processo, em que todos os demais seriam recorrentes. O sistema *civil law*, após o período medieval, desenvolveu a garantia tão somente como direito de falar ao processo, isto é, constituiu-se em princípio externo e puramente lógico formal que concede o direito de contraposição de tese das partes, sem que o juiz tenha que levar em consideração tais argumentos na sua decisão. Estabeleceu-se, assim, processo assimétrico, no qual cabia ao

²⁶⁵ STURM, Susan. Normative Theory of Public Law Remedies, *Georgetown Law Journal*, vol. 79 1991, p. 1385.

²⁶⁶ *Ibidem.*, 1991.

²⁶⁷ PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3. Padova: CEDAM, 1998.

²⁶⁸ STURM, Susan. Normative Theory of Public Law Remedies, *Georgetown Law Journal*, vol. 79. pags.1393-1392. 1991.

²⁶⁹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 154 e ss. 2016.

juiz analisar os fatos trazidos pelas partes e chegar à verdade objetiva absoluta, não cabendo às partes discutir questões jurídicas e de prova²⁷⁰.

Modernamente, segundo Cabral²⁷¹, o contraditório passou a ser considerado como direito de influência, em que as partes, além de contradizer, participam dos momentos decisivos para a formação da decisão e o juiz, por sua vez, auxilia na busca das provas e, ainda, do equilíbrio entre partes desiguais. Diversas garantias passam a compor o postulado, que se desdobram na participação leal durante o procedimento, na cooperação na busca da verdade e na duração razoável do processo, que precisa ser efetivo²⁷².

Sturm²⁷³ avalia que o exercício da cooperação, da boa-fé e da negociação entre as partes permite, ainda, que a segurança jurídica, ora mitigada, se justifique, por meio da possibilidade de as partes manifestarem seus argumentos sobre a restrição imposta, que se legitima quando efetivamente propicia o sucesso dos objetivos delineados em um processo estrutural. Por tais motivos, compreende-se o princípio do contraditório como elemento de garantia do devido processo legal, que, para todo direito material violado, deve haver direito processual que o proteja daquela transgressão, o que impõe deveres ao Legislativo e ao Executivo de prever no ordenamento a reparação pelo direito, e ao Judiciário a possibilidade de adjudicá-lo, ainda que sem suporte processual correspondente, sendo o contraditório importante ferramenta para atingir este objetivo²⁷⁴.

Contudo, para Vitorelli²⁷⁵, entre todas as garantias que envolvem o núcleo do devido processo legal, a participação no desenvolvimento do processo se sobressai, pois a noção de que alguém tem o direito de se manifestar perante a autoridade, antes que ela decida causa que atinge seu interesse, parece fazer parte do senso de justiça ocidental, que extrapola qualquer ordenamento. Após tais argumentos, imperioso considerar que, no contexto brasileiro de

²⁷⁰ PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3. Padova: CEDAM, 1998.

²⁷¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 120. 2010.

²⁷² Alguns autores contemporâneos que abordam os deveres adjetivados do contraditório: MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros. p. 147. 1996.; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. vol. 28. p.177-206. 2009.; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

²⁷³ STURM, Susan. Normative Theory of Public Law Remedies, *Georgetown Law Journal*, vol. 79. 1991.

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 486-520. 2015.; ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 14-18. 2016.

²⁷⁵ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 147-148. 2016.

tutela coletiva, o devido processo legal possui diversas restrições no microsistema de processo coletivo, uma vez que, para o tratamento legal de conflitos coletivos, a lei determina que legitimados extraordinários devem representar interesses de terceiros que não compõem o polo processual, nem possuam relação direta com o direito material envolvido no processo, admitidos tão somente por previsão *ope legis* de representação.

O aparente conflito entre o modelo de processo coletivo existente e a cláusula do devido processo legal se assevera no contexto estrutural, porque o grupo ausente possui relação de interesses extremamente conflituosa e policêntrica, de difícil representação interna e acentuado descolamento de objetivos entre as vítimas que compõem o grupo e a instituição que o defende processualmente. Arenhart²⁷⁶, diante desse quadro, considera que a participação do grupo componente da tutela coletiva estrutural se demonstra como o calcanhar de Aquiles do microsistema. A efetiva participação dos ausentes, ainda que observada a previsão legislativa, não apenas se revela como ganho panorâmico da Justiça para ampliar a compreensão sobre os impactos que a decisão irá provocar, como se reveste enquanto garantia do devido processo legal no contexto de interesses concorrentes. Ademais, no processo coletivo brasileiro, o grupo de ausentes não é autorizado a participar diretamente do procedimento, não havendo instrumentos que autorizem, na legislação, a intervenção direta dos titulares do direito objeto da demanda e, ainda, essa participação direta se inviabiliza por problemas práticos (tumulto processual) e questões teóricas (direitos despersonalizados ou difusos não apresentam uma vítima objetiva)²⁷⁷.

Para contornar a limitação legislativa e cultural, Edilson Vitorelli²⁷⁸ sugere abordagem mais contemporânea sobre o devido processo legal no contexto coletivo, extrapolando a ideia de participação direta no processo, (re)construindo-se a compreensão da garantia constitucional por outros meios de influência, como a efetiva participação dos ausentes e controle da representação formal, não obstante as limitações legislativas de representação abstrata.

Reconhece-se, sob a perspectiva comparada, o ponto de vista instrumental, pragmático e densificado do devido processo legal²⁷⁹. No contexto da tutela coletiva de direitos, os ausentes

²⁷⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, p. 437. 2017.

²⁷⁷ *Ibidem.*, p. 431. 2017.

²⁷⁸ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 140 e ss. 2016.

²⁷⁹ ALEXANDER, Lawrence. The relationship between procedural due process and substantive constitutional rights. *University of Florida Law Review*, vol. 39, p. 323-343. 1987.

realmente devem se pronunciar sobre seus interesses de algum modo. Para solucionar a questão, tem-se a formulação de que processo devido é aquele que respeita as garantias processuais constitucionais em razões suficientes para justificar a observância ou não de determinadas garantias²⁸⁰.

No contexto da tutela constitucional de interesse público, o microsistema brasileiro de processo coletivo define os representantes processuais a partir de hipóteses previstas *in numerus clausus*, isto é, somente atores institucionais elencados em lei podem representar grupos ou classes de pessoas envolvidas em um dano coletivo. Sabe-se, via de regra, que a tutela coletiva no Brasil é realizada por meio do legitimado extraordinário em regime *ope legis*: o artigo 5º, da Lei da Ação Civil Pública, é taxativo ao apresentar os legitimados extraordinários no microsistema de tutela coletiva²⁸¹.

Além disso, o modelo adotado para alcance da sentença coletiva atua, por meio da extensão subjetiva da coisa julgada, *secundum eventum litis*²⁸². Não obstante tal previsão, nesse tipo de procedimento especial, como é o caso de medida estruturante, se tomados apenas os aspectos processuais formais como sendo devidos, o objetivo da medida que se visa a implementar não será atingido, e ainda que o seja, o custo da inobservância do processo devido contraria todos os padrões modernos que envolvem o direito de estar presente pessoalmente à audiência com a outra parte. Por tais razões, preocupações sobre participação e adequada representação das partes, no caso concreto, se inserem como reforço de garantias para tratamento do conflito, pela via do microsistema da tutela coletiva e, para além do contraditório, também se

²⁸⁰ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. p. 154 e ss. 2016.

²⁸¹“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. § 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. § 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. Acesso em 20 de Outubro de 2018, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm

²⁸² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 13a ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

apresentam como requisito para a adequada tutela coletiva. Passamos, portanto, a partir desse ponto, a identificar que tipo de participação dos ausentes o processo deve observar para se compatibilizar com o devido processo legal coletivo.

3.2.2. Aspectos relacionados à participação em processos estruturantes

Neste tópico, abordar-se-á a participação processual, visto que ela se insere como relevante ao contexto da legitimidade das decisões judiciais em processos estruturantes, componente valioso para o histórico ocidental sobre o que se compreende como devido em procedimento judicial. Iniciemos por Lon Luvois Fuller, um dos primeiros a analisar essa característica, no contexto de adjudicação de direitos coletivos nos EUA. Fuller²⁸³ considera, ao menos desde 1937, que a participação serve a dois valores: o primeiro, relacionado à dignidade da pessoa humana afetada pela decisão que se desenvolve no processo; e o segundo, relativo à contribuição para a melhora de perspectiva da Corte na formação de suas razões de decidir.

Quanto ao segundo valor, a possibilidade de influenciar o convencimento do juiz, transposta ao processo de natureza coletiva, complexo, multipolar e policêntrico, traz, inevitavelmente, o reconhecimento lógico de que a simples atuação do substituto processual, seja um membro do grupo (modelo *class action*), seja um legitimado extraordinário (modelo brasileiro de processo coletivo), demonstra-se limitada, se não observadas certas garantias de participação dos ausentes e controle adequada da representação dos ausentes. Se a vontade daquele que sofrerá alguma intervenção em seu direito de liberdade ou propriedade deve ser observada, as restrições impostas ao tratamento uniforme de conflitos de massa reclamam na tutela coletiva o uso de técnicas de representação das partes em um processo judicial. Por sua vez, a garantia que se revela ao cidadão de que seu processo será devido, também deve se adequar a esta realidade pragmática durante o desenvolvimento do exercício de autoridade da Corte.

Assim, entre os ajustes de autoridade que podem ser desempenhados, podemos abordar a postura ativa da Corte na gestão do caso (*case management*) de maneira diferenciada, com o fito de corrigir assimetrias e desenvolver ferramentas que auxiliem a efetiva participação dos titulares do direito material, cujo legitimado representa, permitindo que seus interesses sejam

²⁸³ FULLHER, L.L, PERDUE, William R. The reliance interest in contract damages. 1937, *YALE Law Journal*. vol. 46, 1937.

revelados. Não se trata de simples argumento retórico, ou ainda, de apenas uma garantia fundamental, mas também, comportamento necessário ao sucesso do procedimento estruturante, conforme veremos a seguir.

O legitimado extraordinário, em que pese a sua boa vontade e expertise, não possui ampla perspectiva e panorama acerca das reais consequências sobre os danos sofridos pelos atingidos, nem a dimensão exata de sua totalidade. Conforme já mencionado no início deste capítulo, o procedimento estrutural, em razão das especificidades concernentes à estrutura amorfa e dispersa de sujeitos, impossibilita a homogeneização imediata dos interesses em jogo. De acordo com Arenhart, nesse contexto, torna-se necessária “a participação de toda a coletividade, bem como das instituições destinatárias da decisão, na medida em que a política pública se destina a comunidade, sendo executada e viabilizada pelas instituições violadoras ou omissivas”²⁸⁴.

Fuller e Perdue²⁸⁵, por sua vez, consideram que problemas policêntricos e amorfos demandam a interação judicial para levantamento dos reais interesses que compõem o grupo, requerendo colaboração espontânea e informal daqueles que não se inserem entre os representantes formais, quando a colaboração se revelar relevante para auxiliar a formação das possibilidades que se colocam sobre a mesa a fim de implementar a tutela judicial.

Melvin Aron Eisenberg²⁸⁶, corroborando o pensamento de Lon Fuller²⁸⁷, discute as três características que decisão firmada por meio de procedimento judicial deve observar: (1) A Corte deve prestar atenção sobre os argumentos levantados pelas partes; (2) fundamentação de suas razões de decidir e (3) fundamentação com base nas provas e argumentos levantados pelas partes. No modelo complexo de adjudicação, as responsabilidades das partes numa decisão devem ser avaliadas em caráter contínuo, assim como as normas que ela impõe e

²⁸⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*. v. 1. n. 2. p. 211-229. 2015. p. 219.

²⁸⁵ FULLER, L.L, PERDUE, William R. The reliance interest in contract damages. 1937, *YALE Law Journal*. vol. 46, p. 373-420. 1937.

²⁸⁶ EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*. Vol. 92. pags. 410-432. 1978.

²⁸⁷ FULLER, Lon. L. The Form and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, vol. 92. pags. 353-409. 1978.

assumir características mais difusas para servir ao interesse público existente nas aspirações democráticas que levam à interpretação desse tipo de conflito²⁸⁸.

Por sua vez, essa compreensão gera reflexos no modo como as partes participam, devendo ser rotineira a inclusão de todas as pessoas que afetadas pela decisão na formulação e negociação, mesmo que essas formas de atuação não estejam previstas na legislação. Assim, de modo geral, diversamente do modelo de adjudicação clássico, formas mais difusas de responsabilidade e participação são suscetíveis, no contexto de casos, que envolvam conflitos institucionais²⁸⁹.

No modelo de reforma estrutural delineado por Owen Fiss²⁹⁰ a adjudicação de direitos visa tornar possível revisar a forma particular de funcionamento de uma burocracia, ou de organizações que geram impacto de larga escala, comprometendo graus substanciais da existência social. Para Fiss, somente com a mensuração dos impactos provocados por estas instituições sobre as vítimas dessa condição ilegal de funcionamento, torna-se possível reorganizar os comportamentos e eliminar os danos aos membros do grupo.

Consequentemente, segundo Sturm²⁹¹, esse modelo de adjudicação não tem como ignorar a realidade social dos atores individuais atingidos em larga escala por essas organizações, de modo que a participação desses indivíduos contribui para a formação da adjudicação desses direitos em perspectiva. No que se refere à efetiva participação dos atingidos, Vitorelli²⁹² afirma que o processo de decisão e implementação de medidas de reforma estrutural deve dar oportunidade significativa à participação de todos os afetados pela alteração que se pretende realizar, estejam eles na qualidade de usuários ou agentes da instituição-ré.

A participação deve, portanto, incluir toda a sociedade potencialmente afetada pela decisão, seja na condição de destinatária de seus benefícios, seja na de vítima que pretende bloquear

²⁸⁸ EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*. vol. 92. Pag. 410-432. 1978. p. 431.

²⁸⁹ Ibidem., pag. 432. 1978.

²⁹⁰ FISS, Owen. The Civil Rights Injunction. Indiana University-Bloomington School of Law. vol. 7, 1978. Coleção Adison Harris Lecture. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=harris>; The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, pags. 01-58. 1979.; The Social and Political Foundation of Adjudication. *Law and Human Behavior Journal*, v. 6, n. 2, pags. 121-128. 1982.

²⁹¹ STURM, Susan. Normative Theory of Public Law Remedies, *Georgetown Law Journal*, vol. 79. p. 1386. 1991.

²⁹² VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 574. 2016.

sua implementação, de modo que, naquelas situações em que não for possível a participação direta, representantes com algum grau de responsabilidade perante o grupo devem ser chamados a participar²⁹³. Nesse sentido, a adequada participação não permite a exclusão dos representados no processo, mas, ao mesmo tempo, não toma essa necessidade de maneira absoluta. A restrição dessa garantia ocorre na exata proporção em que se faz necessária para a adequada tutela coletiva dos direitos materiais violados²⁹⁴.

Edilson Vitorelli²⁹⁵ identifica ainda que, não obstante a participação ser devida, a implementação de um direito, por meio do procedimento judicial, exige a restrição da participação em algum grau. Por meio de modelo estatístico, Vitorelli²⁹⁶ argumenta que, se a finalidade do processo é realizar o direito material objeto da demanda, aspectos relacionados à dignidade da pessoa se referem à própria realização do objeto litigioso. Além disso, sua finalidade instrumental, quando compreendida sobre a duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII da CFRB), implica considerar que, quanto mais participação processual dos envolvidos, maior o tempo processual de resolução da controvérsia, o que reduz a realização do direito material em tempo adequado²⁹⁷.

Tribe²⁹⁸ afirma ainda que, mesmo existindo diferenças acerca do conceito de devido processo legal, a proteção do processo devido, por meio da garantia de participação, será maior e mais necessária, à medida que seja possível constatar a identidade das pessoas afetadas, assim como determinar os efeitos da decisão judicial perante elas. Edilson Vitorelli²⁹⁹ discorda deste argumento, por conferir legitimidade ao processo a partir da compreensão compartilhada pela sociedade sobre o modo como a decisão se originou, não por ser uma ideia ruim, mas porque concretamente se demonstra difícil delimitar se a legitimidade desenvolvida perante a sociedade se refere ao ato de participação em si, ou à percepção de que sua participação encadearia melhores resultados.

²⁹³ Ibidem., p. 574.

²⁹⁴ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 255. 2016.

²⁹⁵ Ibidem., pag. 183-184. 2016.

²⁹⁶ Edilson Vitorelli apresenta um gráfico de função quadrática em que “a<0”, o “eixo x” representa a intensidade de participação no processo e o “eixo y” demonstra a intensidade de realização sobre o direito material que se propôs adjudicar. No gráfico, temos que o vértice da parábola deve ser a intersecção exata em que a intensidade da participação se equilibra com os objetivos de realização do direito material: Imagem extraída em: <https://www.geogebra.org/m/yvJAWHu9>, acesso em: 18 de março de 2019.

²⁹⁷ Ibidem., pag. 184. 2016.

²⁹⁸ TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law (University Textbook Series)*. 2. Ed. vol. 1. New York: Foundation Press. p. 667 1988.

²⁹⁹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 186. 2016.

Contudo, atualizada por meio de sua tipologia dos litígios, Vitorelli revisita o conceito de *Tribe*, ao levar em conta que a influência, no debate e nas razões de decidir por meio da participação *iter* procedimental, será maior ou menor, à medida que a identidade das pessoas afetadas pelo dano se revele e mais claramente seja possível determinar os efeitos proporcionados ao grupo de envolvidos. Edilson Vitorelli³⁰⁰ irá denominar essa inter-relação de princípio da variância representativa. Isto é, o grau de participação dos representados no processo varia, processualmente, por meio da avaliação da complexidade do litígio e da conflituosidade dos interesses, revelando-se enquanto postulado adequado à consideração sobre os tipos de litígios que atingem determinado grupo (local, global e irradiado), como apresentado no capítulo anterior.

Nesse contexto, à proporção que a complexidade e/ou conflituosidade do litígio ou dos interesses se intensifica, maior será a necessidade de participação dos ausentes, para que possam fornecer as informações necessárias à solução adequada do caso. Vitorelli³⁰¹, então, relaciona essa variância representativa da seguinte forma:

- (1) Litígios de difusão global, em regra, demandam menor grau de participação dos representados, porque são remotamente atingidos pelo resultado do processo, que possui baixa conflituosidade na sociedade titular do direito, permitindo maior liberdade ao representante;
- (2) Litígios de difusão local, em regra, possuem alto impacto sobre a sociedade representada e determinam que ela tenha maiores oportunidades de participação no processo, restringindo a liberdade do representante;
- (3) Litígios de difusão irradiada, em regra, devem considerar a participação e a intervenção processual dos indivíduos, à medida que a lesão experimentada, e que será alvo da tutela, for mais significativa. Nesse caso, como o litígio possui diversas classes e intensidade, adotando-se a teoria do conjunto matemático, tem-se que, quanto mais próxima a lesão estiver do núcleo de proximidade de intersecção entre os conjuntos, maior deve ser a participação. Por outro lado, à proporção que os representados se afastam desse núcleo, maior a autonomia do representante no procedimento.

³⁰⁰ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 254. 2016.

³⁰¹ *Ibidem.*, p. 253-254. 2016.

Owen Fiss³⁰², por sua vez, assevera que a Constituição Americana não garante um direito de participação, mas um direito de representação adequada dos interesses em juízo. Assim, o direito de apresentar seus argumentos não se relaciona à representação individual do sujeito na corte, mas à garantia de que seus interesses serão representados. Fiss³⁰³ afirma ainda que, no contexto de um processo estruturante, isso significa que não existe o direito concedido a cada pessoa de se fazer presente no processo, mas o de que cada interesse deva ser representado. Assim, mesmo que o objeto litigioso envolva um direito individual, se ele pertence ao grupo de pessoas classificadas em conjunto por interesses compartilhados, a representação do direito se realiza de maneira coletiva.

Edilson Vitorelli³⁰⁴ pretende reconstruir a compreensão de Fiss no que tange ao contexto nacional, compreendendo que, na Constituição, não existe a previsão de participação plena do individual em todas as fases do processo (*full blown day in court*), isto é, as garantias do devido processo legal (art. 5. LIV CF) e do contraditório e ampla defesa não determinam a participação direta aos litigantes, mas o direito de se manifestar e apresentar seus interesses. A Constituição não garante, nesse contexto de direito à participação, a participação direta sempre e a todo momento pelo atingido no processo, como garantia ao devido processo legal coletivo e, sim, a representação adequada de seus interesses em juízo, de modo que o ônus argumentativo, para restringir a participação, deve ser devidamente justificado por um efetivo ganho na adequação da tutela aos interesses dos atingidos³⁰⁵.

Não obstante se referir a uma cláusula geral, Vitorelli³⁰⁶ alega que isso não autoriza o legislador a restringir a participação do litigante apenas por razões de conveniência e oportunidade, devendo as razões que o levaram a restringir sua participação ser justificadas pelo ganho de adequação da tutela. Ainda assim, mesmo que o requisito seja preenchido, isso

³⁰² No Original: “what the Constitution guarantees is not a right of participation, but rather what I will call a ‘right of representation’: not a day in court but the right to have one’s interest adequately represented” In: FISS, Owen. *The allure of individualism*. *Iowa Law Review*. vol. 78, p. 965-979. 1993.; Uma abordagem panorâmica e atual sobre o autor: FISS, Owen. *Pillars of Justice – Lawyers and the liberal Tradition*. Cambridge: *Harvard University press*. 2017. 203 pags.

³⁰³ No original: “The representation that I speak of is not a representation of individuals but a representation of interests. It is not that every person has a right to be represented in structural litigation, but only that every interest must be represented. If an individual’s interest has been adequately represented, then he or she has no further claim against the decree. The right of representation is a collective, rather than an individual right, because it belongs to a group of persons classed together by virtue of their shared interests”. FISS, Owen. *The allure of individualism*. *Iowa Law Review*, vol. 78, p. 965-979, 1993.

³⁰⁴ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., 2016 p. 256-257.

³⁰⁵ *Ibidem.*, Op., Cit., p. 256-257. 2016.

³⁰⁶ *Ibidem.*, Op., Cit., p. 257. 2016.

não autoriza o modelo de representação a atribuir completa liberdade de agir ao representante, que deve encarar essa estrutura por meio de momentos dialógicos e avaliativos.

A abordagem pragmática de Vitorelli sobre os limites que qualquer modelo representativo expõe acerca do direito de participação, apresenta um critério de adequação ponderado entre os dois extremos de opiniões existentes sobre o modelo de processos coletivos no Brasil. De um lado, o modelo que sustenta a legalidade formal do legitimado extraordinário *ope legis* em razão de sua previsão legislativa³⁰⁷, de outro, o modelo que deseja transformar o processo em mecanismo democrático de deliberação direta, segundo o qual processo justo é aquele em que as partes devem ser representadas pessoalmente³⁰⁸.

Vitorelli³⁰⁹ expõe que o Legislador pode adotar um modelo representativo específico, como o *ope legis*, mas a adequação da participação dos ausentes deve permitir a interação dos representados, na medida em que isso for relevante. Desse modo, alguns processos poderão ser mais participativos e outros poderão encontrar amparo para restrição maior da participação quando não contribuam com a solução adequada ao contexto.

Sérgio Cruz Arenhart³¹⁰ afirma que a convocação de audiências públicas, os *amici curiae*, e a participação de técnicos especialistas no tema do objeto da demanda são exemplos de tentativas de se buscar a legitimidade democrática e a participação efetiva dos envolvidos. Esses instrumentos materializam o abandono da tradicional posição de superioridade interpretativa do Poder Judiciário para dar lugar ao diálogo aberto com os demais ramos políticos e com o povo.

Edilson Vitorelli³¹¹, ainda se debruçando sobre a questão, sugere níveis de raciocínio participativo, adequado ao sistema processual coletivo brasileiro, que não obstante defina legitimados extraordinários para atuar em nome de terceiros, não impede, pela jurisdição, um modo de lidar com o procedimento estruturante apto a controlar a representação adequada e a garantir a participação dos atingidos no curso da demanda. Em processos coletivos de litígios irradiados, o que caracterizaria os processos estruturantes, o primeiro nível de participação,

³⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

³⁰⁸ CHUEIRI, V. K. D.; GODOY, M. G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista de direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, pags. 159-174. Junho-2010.

³⁰⁹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 257-259. 2016.

³¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Op., Cit., p. 220. 2015.

³¹¹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 573 e ss 2016.

mais básico, seria a informação, levando o público destinatário a entender o problema, as alternativas, a oportunidade e as soluções³¹².

Para Zanetti e Didier³¹³, a admissão de *amicus curiae* e a designação de audiências públicas, de fato, contribuem para romper com a noção tradicional da intervenção de terceiros no processo, notadamente, pensada para os conflitos individuais e privados³¹⁴. Pode-se inserir entre as opções, as previstas no NCPC (artigos 138, 334, 357, art. 139, IV) e em diplomas legais como a Lei 8.625/93 (art. 27, inciso IV), art. 58, § 2º, inciso II da CFRB, artigo 11, da Resolução n. 87, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, dentre outros.

Ainda haveria outras formas, criativas e não proibidas pelo ordenamento, que podem ser estimuladas pelos representantes e o juízo (*ope judicis*), tais como: o uso de impressos resumidos sobre o problema; reuniões abertas; informações em websites³¹⁵; publicações em jornais de grande circulação; publicações em caixas de leite, sacolas de mercado, outdoors, entre outros tantos meios possíveis de acesso à informação.

Segundo Vitorelli, no segundo nível, estaria a consulta ao grupo atingido, que consiste em obter retorno do público em relação à informação disponibilizada, levantando suas preocupações e aspirações, com o desenvolvimento de pesquisas de opinião, tanto quantitativas, quanto qualitativas, de acordo com representantes de cada grupo afetado (*foci groups*). Ademais, se podem realizar reuniões públicas, com os segmentos específicos da sociedade interessada³¹⁶. Nesse caso, parece ser necessário o envolvimento direto do legitimado extraordinário para protagonizar a estratégia de consulta que pode ser monitorada pelo Judiciário. No terceiro nível, o objetivo é o envolvimento da população destinatária do processo, para que ela atue em conjunto com o representante extraordinário na investigação e formulação da pretensão. Essa proposta visa a garantir que as preocupações da população

³¹² Ibidem., Op., Cit., p. 575. 2016.

³¹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, p. 363. 2017.

³¹⁴ Como exemplos: JOBIM, Marco Felix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil Brasileiro”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. ZANETI JR., Hermes. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 12a ed. Salvador: Juspodivm, 2018.; COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. São Paulo: *Revista de Processo*. ano 37, v. 212. 2012; ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT. ano 38. v. 225. 2013.

³¹⁵ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 575. 2016.

³¹⁶ Ibidem., p. 575. 2016.

sejam compreendidas, analisadas e incorporadas na denúncia e no desenho do que será o resultado³¹⁷.

No quarto nível, segundo o Vitorelli³¹⁸, as parcerias e a confiança estabelecidas, entre o público e os agentes institucionais, nessa trajetória, levam a um grau de comparticipação que evolui para a colaboração nas decisões que deverão ser adotadas pelas partes formais do processo, identificando-se alternativas disponíveis, por meio de comitês consultivos entre os cidadãos e deliberações que devem ser levadas em consideração. No último grau, quinto nível, temos com o empoderamento da sociedade envolvida no litígio, permitido pelo juízo e pelos legitimados extraordinários, que ampliaram o grau de participação processual. Os membros da comunidade passariam a votar e deliberar aspectos mais relevantes de encaminhamento do litígio.

Por sua vez, quanto maior a proximidade do dano sobre determinada categoria de interessados, bem como a identificação de homogeneidade de interesses em cada centro que compõe o grupo, maior o dever de se estabelecer mecanismos de participação para identificá-los. Nessas condições, a proximidade entre os atingidos e seus representantes formais se justifica no contexto do devido processo legal, à medida que se torna necessária ao sucesso da realização do direito material elencado.

Ao objetivar a implementação de medidas de reforma estrutural, com oportunidade significativa de participação dos afetados pela alteração de comportamento que se pretende realizar, o que se privilegia são os reais usuários ou agentes da instituição-ré³¹⁹, aqueles interessados que melhor conhecem a estrutura burocrática posta à adjudicação, e necessários para viabilizar a própria execução da medida estrutural determinada pelo juízo. Nesse contexto, a participação serviria a valores mais amplos do que a participação das partes processuais existente no procedimento tradicional, pois, além de ser requisito que verifica a qualidade da decisão, ela contribui para o sucesso da implementação de medidas estruturais pela Corte, que depende da correta avaliação dos impactos e consequências das medidas que se propõe implementar, o que não é possível sem a cooperação processual das partes para reconhecimento dos interesses daqueles impactados com a decisão judicial.

³¹⁷ Ibidem., p. 575. 2016.

³¹⁸ Ibidem., p. 575.2016.

³¹⁹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 574. 2016.

O contraditório e a ampla defesa, previstos enquanto direitos fundamentais na Constituição Federal (art. 5, LIV e LIV), não garantem a participação, por seu simples ato, mas aquela adequada a representar os interesses do litigante, na exata medida que a tutela dos direitos visa a adjudicar. Tendo em vista a previsão *ope judicis* de legitimação das partes, no Brasil, a tentativa de aderência dessa proposta do devido processo legal coletivo ao processo judicial demanda ônus argumentativo das partes e do juiz (*ope judicis*), por meio de um procedimento previamente definido e que atue em contingência à liberdade de agir e à vedação de decisões-surpresas (art. 9º), regulando as condutas que pretendam atingir estes objetivos.

Restrições de participação, ou imposição de ferramentas que a assegurem, devem se justificar pelo efetivo ganho na adequação da tutela sobre os interesses dos atingidos, o que se verificará de maneira dinâmica, no caso, por meio dos conceitos de variância representativa e de levantamento sobre os ganhos de realização do direito material pelas medidas propiciadas. Em litígios complexos que assumem perspectivas de danos irradiados, diversos centros de impacto variam a conflituosidade e a intensidade dos danos e dos interesses. Nesse caso, a variância representativa do dano assume caráter dialético, pois, no mesmo caso, diversos níveis de participação deverão ser observados, à medida que os danos identificados forem sendo conhecidos.

Assim, quanto maior a proximidade do dano e mais homogêneos os interesses do grupo, mais intensos devem ser os mecanismos de participação dos ausentes, o que também balizará a autonomia do legitimado para agir sem consulta e o modo como livremente dispõe sobre os direitos de terceiros. Cabe frisar que a proposta não abandona o modelo de legitimação extraordinária previsto no ordenamento jurídico nacional, mas reconhece que ele deve se adequar ao devido processo legal coletivo e que, não obstante possíveis propostas legislativas que possam superar essa lacuna, a interpretação do direito no procedimento permite sua adequação para a realização do direito material.

Observar o núcleo processual central de um processo estruturante exige esforço argumentativo maior das partes, porque se relaciona com as técnicas de representação dos ausentes e os limites impostos pela legislação. Assim, limites formais de previsão *lege referenda* do legitimado extraordinário não vedam o desenvolvimento de mecanismos de participação das partes e de controle adequado da representação *ope judicis*.

Logicamente, se a solução se verifica no contexto, qualquer recomendação ou inovação processual, nesse procedimento, deve vir acompanhada do contraditório das partes, em razão da vedação de decisão surpresa (art. 9. do CPC), bem como da primazia de soluções negociadas (art. 190 do CPC) para a adequação da tutela aos objetivos que se pretenda perseguir. Desse modo, o juiz que atua na gestão do caso estrutural avalia a qualidade da representação desenvolvida pelos atores formais e estimula condições procedimentais para que os ausentes apresentem seus reais interesses, com restrições maiores ou menores, a partir da variância representativa acima exposta.

3.2.3. Aspectos relacionados ao controle adequado da representação das partes em processos estruturantes

Demonstrou-se o direito à participação como componente do núcleo central do devido processo legal coletivo. Nesse aspecto, os limites impostos por modelos representativos de controvérsia judicial coletiva à participação dos sujeitos de interesses no processo judicial implicam na adequada releitura da participação direta no processo.

As restrições propiciadas pelos modelos representativos de tratamento coletivo do conflito incrementam os poderes do representante processual, que passa a representar os interesses do grupo, nascendo, a partir dessa representação, indagações sobre os limites de sua atuação para o exercício do direito das partes. Levanta, de mesmo modo, a questão das formas de se auferir a qualidade da representação, uma vez que decisões tomadas no bojo do processo impactam diretamente a qualidade do direito material restituído aos representados, podendo contribuir para o êxito ou fracasso da reparação integral do dano a ser adjudicado.

Nesse contexto, parece relevante o estudo sobre controle adequado da representação e as ferramentas disponíveis para se auferir sua qualidade. No contexto de controle *ope judicis*, o juiz possui, a seu favor, o uso da cláusula aberta prevista no artigo 139, IV do CPC, que lhe autoriza a adequar o processo para assegurar o cumprimento da ordem judicial e os objetivos estruturais da tutela. Esse exercício não se amolda à previsão *ope legis* de legitimação extraordinária, prevista nos artigos 18 do CDC e 5 da LACP, e merece forte ônus argumentativo para sua aplicação, conforme se apresentará a seguir.

O legitimado extraordinário, em que pese sua boa vontade e expertise, não dispõe de condições racionais para compreender, em perspectiva e panorama, todas as consequências e impactos provocados sobre as vítimas que compõem o grupo envolvido em litígios complexos policêntricos e amorfos. Cabe ao juiz *town meeting* o estímulo, por meio de ordens processuais recomendatórias, para que o legitimado extraordinário crie mecanismos extraprocessuais de *accountability* para com seus representados e de instrumentos capazes de diagnosticar os interesses do grupo³²⁰.

Para Vitorelli³²¹, analisar o processo estrutural, a partir do olhar assentado na perspectiva do contraditório renovado (efetiva participação), traz ao juiz a responsabilidade de identificar a representação processual de maneira adequada, para que legitimados extraordinários possam efetivamente representar o interesse do grupo e em igual vigor. Robert Easton³²² colabora com a discussão, observando o papel do judiciário em reformas burocráticas, modificando a compreensão tradicional sobre *judicial review* numa estrutura experimentalista para o provimento estruturante que demanda efetiva participação na formação da decisão. Neste caso, aqueles que se apresentam no processo devem estar em condições adequadas para representar o interesse dos sujeitos ausentes que alegam defender.

De fato, de maneira diversa da estrutura de ações coletivas existente nos EUA, cujo representante processual é também uma das vítimas do direito material violado³²³, no Brasil, o microsistema da tutela coletiva de direitos criou uma ficção jurídica que optou por conferir legitimidade *ope legis* a terceiros afastados da controvérsia – como o Ministério Público, a Defensoria Pública, entes federativos e as associações civis representativas – que, ao atuar enquanto representantes extraordinários dos ausentes, o fazem de maneira indireta. Sérgio Cruz Arenhart define esse modelo representativo como um “processo ‘descolado’ da realidade”.³²⁴

Se a ninguém é permitido pleitear em nome próprio direito alheio (art. 18 CPC), a representação indireta no sistema de tutela coletiva pode trazer diversos problemas de legalidade constitucional da representação exercida e, por via de consequência, comprometer

³²⁰ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., 2016.

³²¹ Ibidem., Op., Cit., p. 539. 2016.

³²² EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction. *Yale Law Journal*, v. 99., n., 8, p. 1983-2002. jun-1990.

³²³ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

³²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Op., Cit., p. 426. 2017.

o núcleo processual que compõe o devido processo legal. Contudo, nosso estudo não pretende abordar as críticas sobre o modelo de legitimidade extraordinária, ou ser uma cartilha que defenda sua inadequação. Parte-se da premissa de que a previsão de legitimação *ope legis* é resultado do desenvolvimento do sistema brasileiro de processo coletivo estabelecido ao longo dos últimos 30 anos. Neste caso, o modelo de representação suportou, até o momento, severas críticas e defesas acaloradas, se tratando, portanto, do resultado de esforços acadêmicos a respeito do tema, em vigor por lei, e assim, um limite legislativo para qualquer proposta de adequação da representação³²⁵.

Assim, o que se pretende demonstrar, com a presente pesquisa, é de que modo o problema da representação adequada na prática cotidiana pode ser superado sem mudanças legislativas, não se entrando, portanto, no mérito da qualidade que modificações legislativas possam oferecer sobre o aprimoramento deste tipo de adjudicação, uma vez que elas sejam úteis. Retoma-se, assim, o conceito de processos estruturais de Hermes Zaneti Júnior e Fredie Didier, bem como a lógica de interpretação sistemática do ordenamento, sob unidade da Constituição, em diálogo de fontes com o conceito de devido processo legal coletivo e da tipologia dos litígios de Edilson Vitorelli. Busca-se verificar se o controle adequado da representação pode ocorrer em raciocínio hermenêutico circular, ou em duas etapas.

Desse modo, a pesquisa tomará como ponto de partida a previsão *ope legis* de legitimação extraordinária (art. 81, do CDC e 5. da LACP), porque o ordenamento confere ao legitimado extraordinário a habilidade legal para representar os interesses de terceiros em uma ação coletiva, contudo, para que a cláusula do devido processo legal coletivo seja observada, a previsão por representação legislativa se demonstra insuficiente.

Neste caso, a fim de identificar alternativas, será apresentado em perspectiva comparada, a experiência do modelo americano que, diferentemente do ordenamento brasileiro, certifica a qualidade do representante a partir de requisitos que são verificados constantemente pelo juiz (*ope judicis*)³²⁶. Além disso, o representante deve ser um dos membros cujo direito material foi violado, escolhido a partir da capacidade que possui na ampla representação dos

³²⁵ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

³²⁶ *Ibidem.*, 2007.

interesses, sendo sua escolha parte da estratégia comportamental das partes (*strategic behavior*)³²⁷.

Esse formato de ações coletivas é característico do sistema adversarial de solução de litígios, que estabelece maior grau de autonomia das partes para escolher a vítima apta para representar: aquela que mais se ajusta aos danos sofridos por todo o grupo. Trata-se de comportamento estratégico (*strategic behavior*) dos advogados quanto à escolha do representante que falará em nome dos demais. A opção implica na análise do risco para maximizar as chances de êxito da demanda³²⁸.

Do ponto de vista normativo, é a *Rule 23*, do *Federal Rules of Civil Procedure*, que regulamenta a representação das partes em *class actions*³²⁹, dispondo sobre a certificação especial do membro representante do grupo e, ainda, a certificação do advogado que irá defendê-los. Para Jay Tidmarsh³³⁰, a *Rule 23*, em determinadas hipóteses, ao priorizar a concessão de maior autonomia ao indivíduo para propor ações coletivas, ou sucessivas transações de direitos por meio da entrada (*opt-in*) ou saída (*opt-out*) de processos judiciais, verifica-se a ameaça ao tratamento isonômico de direitos sobre outras pessoas que se encontram vítimas de situação análoga, mas que não propuseram ações judiciais (*non-party*). Isto quer dizer que, por permitir múltiplas ações coexistentes, a *rule* mantém o Réu sujeito a arcar com o custo de múltiplos processos individuais e a adotar parâmetros conflitantes de conduta em cada um deles, além de ameaçar o próprio grupo, ao priorizar um sistema de ações coletivas que pode ser ineficiente no tratamento de atos ilícitos em determinadas situações.

Não obstante tais críticas, Jay Tidmarsh e Roger H. Trangsrud³³¹ resumem, de maneira geral, em quatro itens os requisitos e critérios para certificação adequada do representante pela Corte:

- 1) primeiro refere-se a verificar se o representante adequado do grupo não possui algum tipo de impedimento físico ou mental que possa comprometer a qualidade da sua representação;

³²⁷ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. New York: Foundation Press. pags. 303. 2002.

³²⁸ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. New York: Foundation Press. pags. 303. 2002.

³²⁹ Rule 23 (a). Federal Rules of Civil Procedure. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23. Acesso dia 20 de março de 2019.

³³⁰ TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. *Texas Law Review*, vol. 87, p. 1137-1203, 2009.

³³¹ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, pags. 113 e 303. 2002.

- 2) segundo visa a examinar se o representante de classe possui os recursos financeiros e logísticos adequados para financiar o processo judicial, bem como os incentivos necessários aos demais membros do grupo para que continuem participando da ação;
- 3) terceiro refere-se à análise das características pessoais do representante, buscando verificar se ele possui uma capacidade educacional média para compreender os fatos e o direito que estão envolvidos no litígio, e atuar de acordo com interesses específicos do grupo que representa no processo de negociação, o que é identificado ao longo da tomada de depoimentos sobre as controvérsias desenvolvidas;

Contudo, tendo em vista que o representante e o grupo são defendidos vigorosamente por um advogado especializado em ações coletivas, a Corte costuma focar este requisito nos aspectos relacionados à desonestidade e negligência do representante.

- 4) quarto se refere a verificar os possíveis conflitos de interesse existentes, ou que possam surgir ao longo do processo, entre o representante e os membros do grupo, passíveis de ameaçar um julgamento justo e imparcial. Segundo os autores, o objetivo da tutela de direitos, numa ação coletiva, não visa a entregar exatamente o interesse individual dos envolvidos, mas aquele interesse de bem-estar, dissuadido entre todo o grupo por meio da máxima otimização.

Nesse sentido, quando conflitos internos frustrarem a conquista de um bem-estar do grupo, ou for demonstrado prejuízo a determinado membro do grupo ou da classe, de modo contundente, em razão de atitudes do representante, ele pode ser descertificado (*certification denied*), o que caracteriza “*collusion*” ou conluio para causar prejuízo a outrem³³². Ainda sobre o controle da representação nos EUA, a Emenda Rule 23(g)³³³ quanto às regras federais de procedimento civil, reconheceu o controle de adequação do advogado representante, que já era realizado de maneira implícita por meio de jurisprudência, apresentando certos requisitos de adequação na ação coletiva³³⁴.

³³² RHODE, Deborah L. Class Conflicts in Class Actions. *Stanford Law Review*, vol. 34, n. 6, p. 1183-1262. 1982.

³³³Rule 23, Federal Rules of Civil Procedure. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23. Acesso dia 20 de março de 2019. “(g) Class Counsel. (1) *Appointing Class Counsel*. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court, (A) must consider: (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action; (ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action; (iii) counsel's knowledge of the applicable law; and (iv) the resources that counsel will commit to representing the class; (B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class; (C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs; (D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and (E) may make further orders in connection with the appointment”

³³⁴ Sua verificação ocorreu ao menos desde os julgamentos de *Dolgow v. Anderson*, 43 F.R.D. 472 (E.D.N.Y.1968), *Senter v. Gen. Motors Corp.*, 532 F.2d 511, 525 n.31 (6th Cir.), cert. Denied, 429 U.S 870 (1976).

No que se refere aos efeitos da preclusão e da coisa julgada sobre a representação adequada, no julgamento proferido pela Corte de *Eastern District of New York* em *Dow Chemical Co. v. United States*, 476 U.S. 227 (1986)³³⁵, uma ação coletiva agregou todas as demandas judiciais em curso sobre a contaminação de militares pelo produto químico “Agent Orange” e extinguiu as demais a partir do acordo firmado, transitando após 1994.

Em pedido direcionado à mesma Corte, em *Stephenson v. Dow Chemical Co.*, 273 F.3d 249 (2d Cir. 2001)³³⁶, diversos reclamantes pretendiam afastar as cláusulas do acordo firmado, alegando que doenças foram desenvolvidas após o encerramento do prazo previsto para reparação e que não estavam adequadamente representados na situação do caso julgado, motivo pelo qual não pretendiam se vincular ao acordo, requerendo novo julgamento para seu caso, tendo reconhecida a representatividade do acordo e julgado improcedente o recurso.

Em apelação ao 2º Circuito, durante o julgamento de *Dow Chemical Co. v. Stephenson*, 539 U.S. 111 (2003)³³⁷, para verificar a existência ou não de representatividade adequada ao caso, a Corte citou precedente já firmado sobre a matéria e propunha o seguinte teste de verificação: (1) O juízo responsável pelo primeiro processo determinou corretamente, no momento inicial, que o representante era adequado à classe e (2) há indícios, após o encerramento do processo, de que o representante da classe adequadamente protegeu seus interesses?³³⁸ Ao aplicá-lo, a Corte considerou que as verbas disponibilizadas visavam à reparação de mortes ou doenças verificadas até 1994, de modo que, se os autores adoeceram após a data, havia conflito entre o grupo representado e os demandantes, o que impediria considerar que foram adequadamente representados.³³⁹

³³⁵ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/227/>. Acesso: 15 de março de 2019.

³³⁶ Disponível em: <https://casetext.com/case/stephenson-v-dow-chemical-co-3>. Acesso: 15 de março de 2019.

³³⁷ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/111/>. Acesso: 15 de março de 2019.

³³⁸ No original: “To answer the question whether the class representative adequately represented the class so that the judgment in the class suit will bind the absent members of the class requires a two-pronged inquiry: (1) Did the trial court in the first suit correctly determine, initially, that the representative would adequately represent the class? and (2) Does it appear, after the termination of the suit, that the class representative adequately protected the interest of the class?” Disponível em: <https://casetext.com/case/stephenson-v-dow-chemical-co-3>. Acesso dia 15 de março de 2019.

³³⁹ No original: “Both Stephenson and Isaacson fall within the class definition of the prior litigation: they served in the United States military, stationed in Vietnam, between 1961 and 1972, and were allegedly injured by exposure to Agent Orange. However, they both learned of their allegedly Agent Orange-related injuries only after the 1984 settlement fund had expired in 1994. Because the prior litigation purported to settle all future claims, but only provided for recovery for those whose death or disability was discovered prior to 1994, the conflict between Stephenson and Isaacson and the class representatives becomes apparent. No provision was made for post-1994 claimants, and the settlement fund was permitted to terminate in 1994. *Amchem* and *Ortiz* suggest that Stephenson and Isaacson were not adequately represented in the prior

A doutrina comparada demonstra que o Juiz americano certifica o representante e seu advogado como adequados e capazes de atuar com vigor na defesa do interesse do grupo, enquanto etapa preliminar similar a qualquer fase de juízo de admissibilidade de determinada ação, tal qual o sistema *civil law* dispõe e, ainda, verifica, a qualquer momento a adequada representatividade, quando analisa o alcance dos efeitos da coisa julgada e da preclusão sobre o julgamento coletivo em face daqueles que não participaram do processo.

No ordenamento brasileiro, a Corte possui a obrigação de verificar, logo no juízo de admissibilidade da ação, se o representante se encontra inserido no contexto da legitimação *ope legis* (art. 5 LACP)³⁴⁰ em ações coletivas. Entretanto, o ordenamento não prevê, expressamente, nem regulamenta o controle adequado da representação, além de não dispor de ferramentas legislativas semelhantes aos instrumentos existentes na *Rule 23* do ordenamento processual civil americano. Contudo, também não há qualquer vedação à Corte para que durante a interpretação do devido processo legal, determine certos requisitos que se adequem aos fins sociais e às exigências do bem comum, observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência de seu ato (art. 8º do CPC), em momento posterior ao juízo de admissibilidade *ope legis*. Desse modo, o controle da representação poderia ainda conter segunda etapa *ope judicis*, justificada por meio da cláusula geral para exercício de autoridade da Corte, inserida no artigo 139 do CPC, desde que respeitado o contraditório e a vedação de qualquer decisão-surpresa (artigos 7º e 9º do CPC).

Deve-se compreender que, em ações coletivas que envolvem litígios complexos e a necessidade do uso de processos estruturantes para adjudicação de direitos, o conflito é situação excepcional, na qual o direito de ser ouvido diretamente no processo sofre restrições, em nome da racionalidade de um julgamento isonômico a todos os membros do grupo atingido pela violação. Nesse contexto, valores tradicionais de autonomia do indivíduo são

Agent Orange litigation. Those cases indicate that a class which purports to represent both present and future claimants may encounter internal conflicts. [...] Defendants contend that there was, in fact, no conflict because all class members' claims were equally meritless and would have been defeated by the "military contractor" defense. This argument misses the mark. At this stage, we are only addressing whether plaintiffs' claims should be barred by *res judicata*. We are therefore concerned only with whether they were afforded due process in the earlier litigation. Part of the due process inquiry (and part of the Rule 23(a) class certification requirements) involves assessing adequacy of representation and intra-class conflicts. The ultimate merits of the claims have no bearing on whether the class previously certified adequately represented these plaintiffs. Because these plaintiffs were inadequately represented in the prior litigation, they were not proper parties and cannot be bound by the settlement". Disponível em: <https://casetext.com/case/stephenson-v-dow-chemical-co-3> . Acesso dia 15 de março de 2019.

³⁴⁰ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

constantemente postos em tensão, por meio de técnicas de agregação de litígios individuais para a tutela de grupos, que estabelecem a representatividade por terceiros, acentuando a responsabilidade do Judiciário em monitorar de perto e com cuidado a representação³⁴¹ e verificar se ela incorre em vício que contraria a vontade dos ausentes.

O artigo 139 do CPC desenvolve cláusula geral que fornece poderes para exercício da autoridade da Corte, a fim de assegurar o cumprimento de suas decisões e, ainda, dirigir o processo, de modo a promover, a qualquer tempo, a autocomposição (inciso V), dilatar prazos e alterar a ordem do procedimento, para adequá-lo ao conflito (inciso VI), além de determinar o comparecimento pessoal das partes para se manifestar sobre fatos da causa. Assim, por meio desta previsão, adotando postura criativa, mas auto-contingente, o juízo pode desenvolver certas ferramentas de adequação da representação durante o procedimento estabelecido com as partes.

O exercício interpretativo permite o controle em duas etapas da representação: a primeira, sobre a legitimidade *ope legis* (art. 5º da LACP), e a segunda, *ope judicis*, relacionando as regras legisladas com o que dispõe os Estatutos das Associações Cívicas, regulamentos e atos normativos do MP, da Defensoria e de outros legitimados, as cláusulas gerais processuais e, ainda, com os fins sociais a que os legitimados extraordinários se destinam (art. 8º do CPC). Desse modo, em exercício do contraditório, a Corte verifica, dentro do *iter* procedimental, de que modo o legitimado pretende se credenciar para representar os interesses dos ausentes em jogo, qual estratégia ele visa a traçar para superar os desafios policêntricos do litígio, e quais mecanismos de participação extraprocessuais serão desenvolvidos administrativamente para se auferir os interesses existentes no conflito.

O Juiz ainda pode, após a apresentação do pedido principal, verificados déficits na qualidade da representação, ou na capacidade de o representante identificar os interesses e objetivos que envolvem o deslinde da controvérsia, intimar as partes para audiência de conciliação ou de mediação (art. 308, § 3º, do CPC), recomendando, nesses espaços, a observância de mecanismos de participação e *accountability* dos legitimados, realizando a gestão do caso

³⁴¹ “[...] as such, the class action is a device approached with the suspicion, and the “inherent tension between representative suits and the day-in-court ideal must be closely monitored and carefully managed”. In: TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press. p. 118. 2002.

(*case management*), por meio de soluções negociadas (art. 190 do CPC). A Corte ainda pode, verificando a relevância da matéria, de ofício ou a pedido, admitir que terceiros interessados e instituições que possam contribuir com a controvérsia (*Amicus Curiae*) sejam incluídos no procedimento, para auxiliar no debate institucional (art. 138 do CPC) que irá se travar e na produção dos mecanismos participativos suficientes à participação dos ausentes, na exata proporção da necessidade que a tutela adequada ao devido processo legal coletivo merece, desde que o procedimento se justifique por meio de um ônus argumentativo, que deve ser mais forte, à medida que o procedimento ordinário é afastado ou flexibilizado.

Importante frisar que o *design* do litígio e da representação, desenvolvido nessas circunstâncias, pode ser alvo de constantes negócios jurídicos atípicos (art. 190, CPC), ou ajustados pelo juiz (art. 188, CPC) em contraditório (art. 4, do CPC), devidamente justificados por meio de decisões cujo ônus argumentativo deve guardar proporcionalidade entre a restrição de eventuais direitos e garantias processuais quando em colisão com os princípios constitucionais que se pretenda realizar. Indaga-se, a esse respeito, se a Corte ainda poderia vir a substituir o legitimado extraordinário que não seja adequado à representação dos ausentes, que não observe todas as ordens recomendatórias realizadas, ou ainda, demonstre em conluio, causando prejuízo aos membros do grupo. Nesse contexto, torna-se necessário que o art. 139 do CPC, enquanto cláusula de *inherent power of court*, seja contextualizado com o artigo 18 do CPC, que trata da legitimidade para ser representado em juízo. Pode-se desenvolver o raciocínio de substituição processual conglobante, nas situações em que o representante não atua de forma adequada na defesa dos interesses do grupo³⁴².

Em que pese a legitimação *ope legis* ser regra geral do ordenamento, se realizou a aprovação do código de processo civil, em 2015, desenvolvido já sob a unidade da Constituição na interpretação do ordenamento jurídico, e que compreende o dever de proteger direitos coletivos. A esse respeito, cabe fazer menção à mudança ocorrida no código, com o artigo 18, sutil em termos sintáticos, mas que permite alterar o paradigma quanto à compreensão sobre legitimidade processual no ordenamento jurídico³⁴³.

³⁴² BARRETO, Susana Cadore Nunes. Novo Código de Processo Civil e o microsistema de processos coletivos: uma análise do art. 18. In: ZANETI JR, Hermes. (Coord.). *Processo Coletivo. (coleção repercussões no Novo CPC)*, Salvador: Editora Juspodivm. p.26-47. 2016.

³⁴³ *Ibidem*. Op., Cit., pags. 46-47. 2016.

Hermes Zaneti Junior³⁴⁴ desenvolve a tese, baseado na tese de Arruda Alvim, segundo a qual a legitimidade em ações coletivas deve ser compreendida a partir de análise sistemática sobre todo o ordenamento, de modo que eventual substituição processual, quando devidamente justificada a incapacidade do legitimado representar adequadamente o direito, poderá ocorrer, mesmo que não expressa em lei, desde que não contrarie norma jurídica, ou esteja em desacordo com os princípios normativos presentes no ordenamento coletivo. Por sua vez, a sutil alteração do artigo 18 do CPC trouxe ao dispositivo a compreensão de que restrições ao princípio da autonomia individual podem ser justificadas através de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, e não somente por meio de lei.

Destaque-se aqui que a mudança de compreensão sobre o sistema jurídico nacional³⁴⁵ atinge os fins sociais, sob a unidade da Constituição Federal, a partir da garantia a um processo justo que, no contexto dos processos estruturais, envolve o dever de se observar a representação adequada dos interesses. Nesse contexto, o juízo, por meio de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, realiza a alteração conglobante do legitimado, voltando ao catálogo sistemático, previsto no art. 5º da LACP, para permitir que outro legitimado abstrato manifeste interesse em atuar, de modo a olvidar vigorosos esforços de adequação de sua representação aos interesses dos representados. Em tudo isso, observada a exata proporção da necessidade de tutela e dos objetivos que se pretendam adjudicar, ou então, para requerer a substituição do agente que atua como representante pela instituição legitimada no processo³⁴⁶.

Suzana Henriques da Costa³⁴⁷ afirma que a representatividade adequada garante o devido processo legal, por assegurar que os interesses daqueles que não participaram da demanda,

³⁴⁴ ZANETI JR, Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. Dourados: *Revista Videre*. ano 2. n. 3, Homenagem ao Prof. Dr. José Manuel de Arruda Alvim. p. 101-116. 2010; MAGALHÃES E GUERRA, Márcia Vitor de. *Substituição processual conglobante: novas observações sobre a substituição processual nos processos coletivos e a necessidade de controle judicial da legitimação adequada e da adequada representação*. (Dissertação de mestrado) - Universidade Federal do Espírito Santo. Orientador: Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr. Vitória. 2009

³⁴⁵ ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas.2014.

³⁴⁶ BARRETO, Susana Cadore Nunes. Novo Código de Processo Civil e o microsistema de processos coletivos: uma análise do art. 18. In: ZANETI JR, Hermes. (Coord.). *Processo Coletivo. (coleção repercussões no Novo CPC)*, Salvador: Editora Juspodivm. p. 26.47. 2016; CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR, Fredie (Org). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, p. 159. 2012.

³⁴⁷ DA COSTA, Suzana Henriques. O Controle Judicial da Representatividade Adequada: Uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: DE SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil. p. 976. 2009.

mas sujeitos aos resultados, sejam protegidos adequadamente. Discute, ainda, que, no contexto brasileiro, a forma atual para equacionar o problema de representatividade dos ausentes seria reconhecer que o legislador elegeu os entes legitimados para a tutela coletiva de direitos. Isso, porém, não desobriga o judiciário a realizar controle judicial da real aptidão da instituição para defender a coletividade no caso concreto, sustentando o desenvolvimento de um controle misto.

Esse raciocínio adéqua o controle da representação à realidade brasileira de processo coletivo, uma vez que os legitimados formais são instituições e não sujeitos. Nessa análise, também se deve considerar se o representante reúne as condições de preparar uma estratégia para o caso, bem como se o legitimado possui a quantidade de servidores ou agentes internos suficientes para identificar quem são os membros do grupo e defender com vigor o interesse específico de cada subgrupo que compõe a sociedade, cujos interesses e características específicas o diferem em certo grau de intensidade dos demais membros³⁴⁸, além de corrigir a má representação, se demonstrada, a fim de garantir o devido processo sobre a tutela dos interesses dos ausentes³⁴⁹.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, sobre os poderes do juiz em ações coletivas, sustentam que a participação ativa do juiz não afeta sua imparcialidade, ou pressupõe parcialidade, pois, em matérias de interesse público, o juiz deve realizar maior atividade para conduzir o processo, em especial no processo de autocomposição (art. 166, §3º e §4º do CPC)³⁵⁰. Os autores apresentam, ainda, o princípio 24, da UNIDROIT, como reforço à postura diferenciada de gestão do caso pelo juiz, uma vez que tal princípio de unidade do procedimento civil transnacional estimula que as Cortes, ao mesmo tempo em que respeitem a vontade das partes, possam encorajar acordos entre elas, sempre que possível. Ademais, deverão facilitar a participação em métodos alternativos de resolução de conflitos e, ainda, a cooperação para o deslinde razoável da demanda. Desse modo, a postura ativa do juiz, que

³⁴⁸ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 539.549. 2016.

³⁴⁹ CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para resolução de conflitos coletivos: As Claims Resolution Facilities e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*. vol. 28. p. 445 -483. Jan-2019.

³⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 12a ed. Salvador: Juspodivm, pag. 381. 2018.

inclui a apresentação de sugestões para adequação da representação das partes, não demonstra sua imparcialidade³⁵¹.

Por todo o exposto, sabe-se que as propostas apresentadas sobre o controle adequado da representação carecem de previsões legislativas que regulamentem a matéria. Não obstante, diversos casos são apresentados para julgamento, envolvendo ações coletivas e, em algumas situações, litígios complexos, sistematicamente.

Ora, naqueles conflitos acerca dos quais se demonstre objetivamente, no processo judicial, a má representação, não estaria a Corte obrigada a controlar a representação em razão do interesse público que envolve a tutela? Não seria seu papel, na interpretação de direitos fundamentais, verificar se o devido processo legal coletivo encontra-se plenamente satisfeito antes de conceder a Sentença?

Nesses casos, a interpretação sistemática do ordenamento, sob a unidade da Constituição e auxílio de cláusulas gerais e abertas existentes no Código de Processo Civil, se revela como auxílio ao ônus argumentativo que imponha determinada restrição, proporcional à adequação que se pretenda realizar. Esta afirmação, se adapta às premissas, adotadas nesta pesquisa, sobre a observância de núcleo processual mínimo de garantias na adjudicação estrutural, tomando em consideração o contexto concreto que leva em conta a conflituosidade e complexidade dos litígios.

Assim, a representação deve ser, em regra, pluralizada, permitindo que cada legitimado coletivo, em sua atuação, enfoque aspecto diverso da realidade do dano e da sociedade envolvida para que possa defender, com maior precisão e vigor, os interesses de cada

³⁵¹ *UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure* - “24. Settlement. 24.1 The court, while respecting the parties’ opportunity to pursue litigation, should encourage settlement between the parties when reasonably possible. 24.2 The court should facilitate parties’ participation in alternative-dispute-resolution processes at any stage of the proceeding. 24.3 The parties, both before and after commencement of litigation, should cooperate in reasonable settlement endeavors. The court may adjust its award of costs to reflect unreasonable failure to cooperate or bad-faith participation in settlement endeavors.

Comment: *P-24A* The proviso “while respecting the parties’ opportunity to pursue litigation” signifies that the court should not compel or coerce settlement among the parties. However, the court may conduct informal discussions of settlement with the parties at any appropriate times. *A judge participating in settlement discussions should avoid bias. However, active participation, including a suggestion for settlement, does not impair a judge’s impartiality or create an appearance of partiality*”. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>. Acesso em 10 de março de 2019.

subgrupo³⁵². A jurisdição, chamada a adjudicar direitos em litígios irradiados, com danos de diferentes intensidades e interesses complexos, identifica feixes de interesses não alinhados, ou eventualmente antagônicos, entre os próprios membros do grupo vítima da violação, e passa a adequar sua representação.³⁵³

Nesse ambiente complexo, seria pouco provável que um único promotor público, defensor ou advogado da associação tivesse condições de representar, com igual energia, cada interesse identificado em subgrupos presentes na sociedade titularizada. Nessa linha de raciocínio, há ainda, na doutrina, a discussão entre aqueles que sustentam multi-procuradores na representação exercida pela instituição legitimada³⁵⁴.

Os limites que a técnica brasileira de representação impõe ao processo coletivo, foram expostos por Vitorelli³⁵⁵. Por sua vez, a tipologia dos conflitos desenvolvida, permitiu identificar a alta conflituosidade de interesses e o elevado grau de complexidade de danos que compõem um litígio estrutural. Na matriz dos conflitos desenvolvidos, é possível reconhecer os litígios estruturais como aqueles que assumem características irradiadas, porque envolvem danos que atingem grupos em intensidades diversas, assumindo, de modo concomitante, perspectiva: (1) global, no sentido de que os danos alcançam ampla comunidade de sujeitos, não imediatamente identificada, podendo comprometer, inclusive, futuras gerações; (2) irradiada, no sentido de que alcança diversos subgrupos que compõem a totalidade dos atingidos, em centros interligados de interesse e de danos, que são percebidos em diferentes intensidades; e (3) local, no sentido de que infere com danos específicos a determinado grupo identificado por alto grau de coesão e afinidades comuns³⁵⁶.

A representação adequada dos ausentes, nesse contexto, não se sustenta somente a partir da legitimação extraordinária *ope legis*, pois se torna incompatível com o devido processo legal coletivo conceder ampla discricionariedade ao legitimado, para livre dispor de interesses que

³⁵² VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 589-580. 2016.

³⁵³ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 539. 2016.

³⁵⁴ Vide: VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 539. 2016; TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. New York: Foundation Press. pags. 303. 2002.

³⁵⁵ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., 2016.

³⁵⁶ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. *Revista de Processo*. vol. 248. p. 209-250. 2015.

expõem tamanha complexidade de danos e conflituosidade entre as vítimas³⁵⁷. Quanto aos litígios irradiados, sabe-se que eles demandam compromissos cooperativos do legitimado institucional, dos agentes representantes da instituição defendente e, ainda, do próprio juiz da causa, permitindo certo vínculo de confiança entre as vítimas e seu defendente, com o objetivo de que os dissensos não sejam suprimidos da controvérsia, de modo a não incorrer em erro, ainda que não intencional, de silenciar suas perspectivas³⁵⁸ e violar o devido processo legal coletivo.

Por sua vez, o procedimento, em ambiente democrático, visa a conciliar ampla gama de interesses distintos, que se interligam com o fim de dar exequibilidade à decisão. O Juiz, nesse contexto, precisa ter acesso às mais diversas compreensões da problemática impugnada, para ganhar perspectiva panorâmica do problema, ponderar os impactos de sua autoridade e permitir a ventilação desses interesses no curso da demanda.

O Processo se desenvolve, não como modelo instrumental fechado, mas aberto à realidade por meio da adoção de contraditório renovado, da efetiva participação dos ausentes, e do fortalecimento da autoridade da Corte para a gestão do caso (*case management*) e realização das alterações necessárias ao procedimento tradicional, por meio de soluções negociadas e da observância do interesse público e dos interesses das partes envolvidas. Se a estrutura experimentalista do provimento estruturante demanda participação para ganhos de eficiência e observância do devido processo, há necessidade de o legitimado representar o interesse dos ausentes, pois é através dele que atingidos obtêm acesso à Justiça e a tutela adequada e tempestiva de seus direitos por meio do iter procedimental. Trata-se, portanto, de garantia ao devido processo legal³⁵⁹.

Procura-se, nesta seção, indicar que a abordagem conferida a interpretação sistemática do ordenamento, sob a unidade da Constituição em processos estruturais, de Hermes Zaneti Júnior e Fredie Didier, em diálogo de fontes com a teoria dos litígios e conflitos de Edilson

³⁵⁷ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 510. 2016.

³⁵⁸ ROSS, David. Do conflicts between class members vitiate class action securities fraud suits? *St. John's Law Review*, vol. 70. n. 2. p. 209-238 1996; ROSEMBERG, Gerald. N. *The hollow Hope: Can Courts Bring About Social Chance?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press. 2008; VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., 2016.

³⁵⁹ MIXON, Donn. Procedural due process and the teacher. *Arkansas Law Review*, vol. 29. p. 87-103. 1975.

Vitorelli, na forma já mencionada, permite a adequação da representação, num raciocínio circular, ou em duas etapas, aproveitando-se, justamente, as previsões normativas, principiológicas e de cláusulas abertas já existentes no atual ordenamento jurídico brasileiro.

É possível, a partir do texto legislativo e da previsão *ope legis* de legitimação extraordinária (art. 81, do CDC e LACP), reconhecer o legitimado extraordinário como o sujeito legalmente constituído para representar interesses de terceiros e, posteriormente, o juízo verificar, no caso concreto, o modo como o legitimado atua no iter procedimental, desenvolvendo constantes mecanismos de participação e *accountability* que possibilitem real participação dos interessados na formação dos interesses e da demanda (art. 139 c/c 8 e 18, do CPC).

Esse raciocínio se aproxima da teoria dos litígios de Vitorelli e dos princípios de variância representativa e atuação orbital do representante apresentada na seção anterior³⁶⁰. Por atuação orbital, o processo coletivo reconhece que a qualidade da representação não pode ser avaliada abstrata ou universalmente, dependendo do levantamento de indicadores de qualidade do relacionamento entre representante e representados, inclusive quando verificados conflitos entre si, a fim de propiciar diálogos que possam superá-los³⁶¹. Para esse grau de litígio, a representação adequada a um devido processo legal coletivo exige que o representante tenha condições de representar os ausentes em igual vigor para cada interesse, expondo suas divergências e intenções na controvérsia judicial³⁶².

3.3. O COMPORTAMENTO DO JUIZ EM DECISÕES ESTRUTURANTES

Se o contraditório passa por mudanças para adquirir perspectiva renovada através do controle adequado da representação, influência dos representantes nas razões de decidir e participação dos ausentes, a partir da variância representativa dos danos, o experimentalismo do procedimento estrutural modifica o comportamento da Corte, que além de ampliar a cadeia

³⁶⁰ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. *Revista de Processo*, vol. 248, p. 250-251. 2015.

³⁶¹ *Ibidem.*, p. 250-251. 2015.

³⁶² ROSS, David. Do conflicts between class members vitiate class action securities fraud suits? *St. John's Law Review*, vol. 70, n. 2, p. 209-238. 1996; ROSEMBERG, Gerald. N. *The hollow Hope: Can Courts Bring About Social Chance?* 2. ed. Chicago:University of Chicago Press. 2008; VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., 2016.

decisória, passa a sustentar a legitimação de seus atos por meio da cooperação e boa-fé entre as partes na tentativa de solucionar os conflitos³⁶³.

A policêntria de partes e a dispersão amorfa de seus interesses são características de litígios complexos. Nesse contexto, a adequação da decisão judicial, por meio de provimentos em cadeia, ou em cascata, permite paulatinos diagnósticos, nos centros populacionais atingidos, sobre os impactos das decisões que se pretendam tomar, a fim de que se possa readequar, em tempo hábil, o que se tornou ineficiente.

Conforme já mencionado, o processo estruturante é a opção de procedimento que surge, para a Corte, quando se verifica a insuficiência do procedimento tradicional, em razão do litígio complexo posto à adjudicação. Justamente por não estar disponível à Corte uma única solução para o problema complexo, o modo de adjudicação não se realiza por meio da simples subsunção do fato à norma existente. O provimento em cadeia passa a se demonstrar adequado para avaliar, por etapas, que tipo de modificações são necessárias para reavaliar a mudança na burocracia institucional violadora, e quais soluções jurídicas podem ser experimentadas para atingir esse objetivo.

Contudo, indaga-se sobre o comportamento da Corte e sua forma de *decisionmaking*. Se as soluções estruturais não encontram guarida num procedimento específico, ou numa solução legal previamente informada, o juiz, no exercício da adjudicação, não apenas declara o direito, mas também supervisiona e monitora as partes e o cumprimento dos atos decisórios, nesses “provimentos em cascata”³⁶⁴, o que leva a consideração de que a forma judicial de decidir por argumentos também se altera.

Afirmou-se, no segundo capítulo, ao analisar as características do procedimento estruturante, que comandos expressos são endereçados aos representantes, ou qualquer outro ator institucional que possa auxiliar o juiz no sucesso da medida que envolve vítimas e violadores, por meio de diálogos³⁶⁵. Também foi mencionado que a decisão da jurisdição é genérica e

³⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT. ano 38, v. 225. 2013;

³⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 225. p. 392. 2013.

³⁶⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael; Notas sobre as decisões estruturantes. Op., Cit., 2017a.

atua enquanto “norma-princípio”³⁶⁶, ou “guia normativo”, para as sucessivas verificações de cumprimento e adequação à realidade³⁶⁷. Situações complexas demandam soluções complexas, em que o padrão decisório não permite, ao exequente ou ao juiz, o poder de antever todas as situações. Isso leva à necessidade, inclusive, de flexibilização dos pedidos e causa de pedir, a partir dos impactos que incorrerão com a implantação das medidas³⁶⁸.

Desse modo, esse tipo de padrão decisório também se revela por meio de certo pragmatismo jurídico³⁶⁹, visto que seu foco se insere no contexto de obter soluções concretas para problemas complexos, ainda que soluções teóricas não estejam previstas.

Gismondi³⁷⁰ sustenta que o principal trunfo das medidas estruturantes é justamente a liberdade criativa e experimental limitada pelo contraditório renovado e pela contingência do ônus argumentativo no processo. Demonstrada a insuficiência das soluções *a priori* estabelecidas, o desenho da solução processual é modificado, na medida em que a situação concreta demandar, tomando em consideração o tipo de litígio que se visa adjudicar.

O comportamento da Corte em adotar por meio de tentativa e erro, parâmetros justificáveis em razão da situação inovadora com que se depara, reforça o dever de participação das partes e dos interessados, por que se revela um caminho em terrenos desconhecidos. Assim, de acordo com Theodoro, Nunes e Bahia, o

[...] modelo experimentalista de determinações estruturais responde a essas objeções ao propor um modelo deliberativo no qual os querelantes e oficiais da Administração Pública negociam a melhor solução possível, sob condições de provisoriedade e transparência [...]. Deste modo, juízes não precisam ter a última palavra no planejamento das medidas de reparação. Em troca, as partes e os oficiais do governo têm a oportunidade de modelar as medidas e participar com voz ativa e

³⁶⁶ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael; Notas sobre as decisões estruturantes. Op., Cit., p. 49-50. 2017b

³⁶⁷ GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público e medidas estruturantes*. Op. Cit., p. 216-217. 2016.

³⁶⁸ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *A modificação da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

³⁶⁹ Trata-se de filosofia do direito americano, amplamente contextualizada com a perspectiva dos processos estruturantes adjudicados pelas Cortes federais entre 1950 e 1980. Sobre Pragmatismo: POSNER, Richard. *Law, pragmatismo and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003; RORT, Richard. *Objectivity, Relativism and Truth: Philosophical papers*. Cambridge University Press, v. 1, 1991; ELY, J. H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016; POSNER, Richard A. *Democracy and Distrust Revisited*. *Virginia Law Review*, vol. 641.. pag. 641-651. 1991.

³⁷⁰ GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público e medidas estruturantes*. Op. Cit., p. 216-219. 2016.

votos, reforçando a legitimidade da democracia da intervenção judicial em ações contra a administração que se originaram no âmbito do litígio de direito público. Na medida em que esta deliberação é possível, o modelo experimentalista também reconhece as interações complexas entre os poderes e os limites de sua legitimidade, características que os opositores das legitimidades da interferência judicial tendem a evitar.³⁷¹

O juiz assume a responsabilidade de compreender o interesse público dos atos processuais e do direito fundamental que visa a adjudicar, estabelecendo certo acordo com os envolvidos sobre quais os procedimentos que serão utilizados para julgar o objeto material litigioso³⁷². Nesse sentido, por ingressar em terreno desconhecido, atuar na interpretação jurisdicional da Constituição e intervir fortemente em comportamentos públicos, a decisão a ser proferida se relaciona com o papel da Corte em sua atuação no contexto democrático. A legitimidade de sua autoridade, passa a ser proporcional, em cada ato, à qualidade do debate que o antecedeu³⁷³. Por sua vez, esta legitimidade não se avalia pela quantidade ou o excesso de participação ou debate, mas pela avaliação das decisões proferidas, a partir da consideração de que elas foram tomadas observando a exata medida necessária à realização do direito material, sem deixar de observar as garantias de devido processo legal coletivo atinentes ao conflito³⁷⁴.

A participação passa a adquirir dupla função no contexto estrutural, pois (1) é requisito que compõe o núcleo do devido processo legal coletivo, mas também (2) se situa enquanto ferramenta que auxilia o comportamento do juiz numa Corte experimentalista. Susan Sturm irá denominar esse modelo de participação das partes durante a implementação da ordem emitida pela Corte, de barganha ou negociação. O Judiciário estabelece metas finais a serem atingidas e, ao longo das etapas que sucedem esse desiderato, atua como mediador sobre o modo como as partes negociarão os meios para atingir as metas previamente definidas, seja nos próprios autos, seja em reuniões extrajudiciais, tendo, ou não, a supervisão de terceiros,

³⁷¹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. São Paulo: *Revista de Processo*. ano 38, v. 224. p. 130. 2013.

³⁷² VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

³⁷³ VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário*. Op., Cit., p. 146. 2013.

³⁷⁴ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 164 e ss. 2016.

com a possibilidade de o juiz controlar os atos e decidir em desfavor da parte que não cooperar³⁷⁵.

Já se mencionou aqui o interesse público por detrás de um efetivo exercício do contraditório e da adequada representação dos direitos supraindividuais em juízo³⁷⁶, nos litígios irradiados de caráter complexo. Agora, cabe mencionar que a participação também é uma ferramenta que auxilia a Corte no processo de decisão judicial. Certamente, na defesa de direitos fundamentais, o Judiciário acaba por atuar em compromissos políticos tradicionalmente reservados à política democrática eleitoral, de que ele não participa diretamente. Essa participação do judiciário na interpretação da Constituição é raciocínio advindo das próprias funções de garantia que o Constitucionalismo moderno reservou como papel exclusivo das Cortes de Justiça³⁷⁷.

Quanto a essa afirmação, ressoantes são as críticas sobre o uso de processos estruturantes em temas de interesse público, tendo como centro do debate a questão da legitimidade democrática do Judiciário para se imiscuir em assuntos que o Republicanismo liberal reservou à política majoritária³⁷⁸. Esse debate se sustenta frequentemente sob a perspectiva de contratualismo, em que os cidadãos livres concedem ao Estado, por meio da Jurisdição, a supremacia para arbitrar conflitos de interesses privados, na clássica dicotomia de ramos do direito divididos entre público e privado³⁷⁹. Tal crítica se demonstra relevante, quando nos deparamos com litígios nos quais o modelo tradicional de adjudicação civil é suficiente para tutelar adequadamente o direito violado, servindo de limites à discricionariedade do juiz e ao autoritarismo do Estado. Contudo, a Constituição é um tecido vivo da sociedade, e ganha novos contornos de interpretação, à medida que a própria comunidade cultural em que ela se insere, se desenvolve³⁸⁰.

³⁷⁵ STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. *Georgetown Law Journal*, vol. 79. n. 5, p. 1368. 1991.

³⁷⁶ VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário*. Op., Cit., p. 267. 2013.

³⁷⁷ ZANETI Jr., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pelegrini, WATANABE, Kazuo (coords). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

³⁷⁸ TUSHNET, Mark V. "Sir, Yes, Dir!": The Courts, Congress and Structural Injunctions. *Georgetown Law Faculty Publications*. Constitutional Commentary. 20. ed. p. 189-203. 2003.

³⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

³⁸⁰ FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 224.

Nesse contexto, o Globalismo, o capitalismo multinacional, a financeirização, a concentração de renda e da informação, o individualismo exacerbado, entre diversos outros fatores modernos, passa a gerar novas relações sociais³⁸¹ e de desrespeito³⁸², que criam diversas violações de direitos que não se amoldam à perspectiva clássica sobre os limites de atuação tradicional das Cortes, conforme já mencionado no Capítulo 02.

Por sua vez, com o Judiciário atrofiado e limitado ao uso do modelo tradicional de resolução de conflitos, o uso de técnicas que se demonstrem adequadas para a tutela de outros direitos, violados por essas novas relações sociais de desrespeito, são ignoradas, o que retira da Corte a possibilidade de exercer suas funções de garantia³⁸³ de modo suficiente para lidar adequadamente com estes novos problemas. Nesse sentido, tais críticas, relevantes ao contexto acadêmico, pouco trazem de contribuição pragmática para a solução de problemas com que o Judiciário se depara cotidianamente.

Assim, se a intervenção judicial nesses assuntos se justifica em razão das funções de garantia que a própria Constituição lhe reservou, a proteção de direitos fundamentais coletivos acaba, em alguma medida, tendo como consequência o enveredamento do Judiciário na agenda que se instala nas democracias contemporâneas, contribuindo para que o Constitucionalismo se perpetue na proteção de direitos, sem relegar a importância da vontade majoritária no contexto democrático³⁸⁴. Desse modo, as críticas que reclamam o modelo tradicional de revisão das Cortes, na atualidade, parecem ser relevantes apenas para identificar que o uso de processos estruturantes deve se limitar à exata medida de sua necessidade para resolver adequadamente o litígio complexo posto à adjudicação, isto é, de que ele deve observar o devido processo legal coletivo para justificar o seu uso.

Ocorre que já se identificou, no início deste capítulo, que a postura *town meeting* de coordenação do juiz revisa a divisão de poderes clássica, com o fito de atingir o interesse público, e que o uso de um processo estrutural é uma prática de exceção (subsidiariedade) cujo ônus argumentativo para ser utilizado, impõe à parte que o solicita, o dever de observar a

³⁸¹ Fiss. Owen. Capitalism and Democracy. *Michigan Journal of International Law*. vol. 13. n. 4, pags. 908-920. 1992.

³⁸² HONNETH,. *O direito da Liberdade*. Tradução de Saulo KRIEGER. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

³⁸³ ZANETI Jr., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER. Ada Pelegrini, WATANABE, Kazuo (coords). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

³⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 12a ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

proporcionalidade de suas escolhas, na exata necessidade em que a intervenção se justifica para o sucesso dos objetivos estruturais que se pretendem atingir.

Identificou-se, ainda, no início deste capítulo, que o alegado déficit democrático que a intervenção do Judiciário em assuntos de interesse público provoca pode também ser atenuado por meio do contraditório renovado, compreendido como efetiva influência das partes na formação da decisão³⁸⁵. A representação dos ausentes é sustentada pelo controle adequado da representação³⁸⁶, que justifica sua manifestação, compondo essas ferramentas, o núcleo do devido processo legal coletivo, que deve ser observado naqueles procedimentos que possam vir a contrariar o modelo tradicional de adjudicação.

Compreender a atuação do Judiciário, no contexto da realidade contemporânea, torna esta pesquisa relevante, porque reconhece que a Corte já atua em áreas que tradicionalmente não se imiscuia. Desse modo, refletir sobre controles e limites aos poderes que revestem a Justiça nesse tipo de adjudicação, permite que os atos judiciais se compatibilizem com a Constituição. A interpretação sistemática do ordenamento, sob a unidade da Carta Magna, e a proteção dos direitos por meio da observância do devido processo legal coletivo, permite uma adequada interpretação judicial de direitos fundamentais coletivos em litígios complexos.

Nesta abordagem, “os obstáculos à condução de litígios irradiados podem ser paulatinamente superados por intermédio de um modelo *town meeting*”³⁸⁷, uma estrutura de comportamento processual que estimula o pleno exercício das garantias processuais mencionadas acima, ao tempo que modifica a cultura processual bélica, para uma cultura de transação de direitos. Stephen Yeazell desenvolveu esse raciocínio do *modelo town meeting*³⁸⁸ como sendo aquele no qual o juiz toma a frente do procedimento para determinar as questões relevantes ao deslinde da adjudicação. Desse modo, ele passa a conduzir a produção de provas; fomentar o diálogo ampliado entre as partes; e permitir que, por meio da participação direta e informal de todos os impactados com sua decisão, dentro e fora do processo, possam-se registrar suas insatisfações e, eventualmente, contribuir com a medida a ser tomada, fazendo com que sua

³⁸⁵ ALVARO, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no confronto com o formalismo excessivo, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 31, n. 137, p. 7-32, jul-2006.

³⁸⁶ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

³⁸⁷ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Op., Cit., p. 577. 2016.

³⁸⁸ YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school Case. *Harvard Law Review, Cambridge*, vol. 93, n. 3, p. 465-517, 1980.

posição central no processo permita a ele próprio avaliar, de forma panorâmica, os impactos de sua decisão.

Judith Resnik³⁸⁹ chamará esse juiz-coordenador de *managerial judge*. Em outras palavras, será aquele que atua combinando os modelos adversarial e inquisitorial na fase do conhecimento. Contudo, essa atuação terá especial relevância na fase de execução para o sucesso da implementação da medida. Na realidade, o Judiciário passa a desenvolver um modelo de coordenador dos interesses em jogo, sejam os interesses privados imediatos, sejam aqueles compreendidos dentro de um forte interesse público, implicando um modo de resolver o problema similar a uma agenda de solução negociada dos problemas que, tradicionalmente, não eram de sua responsabilidade, mas que os “vizinhos” não tiveram condições de resolver por conta própria, um formato que favorece a manifestação dos diferentes subgrupos sociais atingidos³⁹⁰.

Nesse “modelo de processo *town meeting*”³⁹¹, o juiz toma a direção do processo, de modo a fomentar o diálogo passível de se estender à parcela da sociedade impactada e aos órgãos administrativos e/ou legislativos, cuja responsabilização se objetiva³⁹², levando a relação juiz e partes a um nível totalmente novo de compreensão sobre a polarização da demanda.

No tocante a essa situação, é relevante considerar os apontamentos de Antônio do Passo Cabral, ao analisar a possibilidade de alteração dinâmica de polos processuais, quando se debruçou sobre o papel da fazenda pública na ação popular (art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965), bem como de Rodrigo Mazzei, ainda que não o tenha realizado para o processo civil como um todo, mas à ação coletiva, relacionando a perspectiva bifronte que envolve regras materiais e processuais sob a atual Constituição³⁹³.

Verifica-se que o processo estruturante revisa a autoridade da Corte e suas atribuições, com o objetivo de assegurar direitos de interesse público e os limites aos poderes fornecidos para adjudicação, são encontrados por meio da própria interpretação sistemática do ordenamento,

³⁸⁹ RESNICK, Judith. *Managerial Judges*. Harvard Law Review. vol. 96, p. 376-448. 1982.

³⁹⁰ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal coletivo: dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 562. 2016.

³⁹¹ *Ibidem.*, Op., Cit., 2016.

³⁹² *Ibidem.*, Op., Cit., 2016.

³⁹³ CABRAL. Antônio do Passo. *Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda*. *Revista Forense*, vol. 404. p. 3-41, 2009; MAZZEI, Rodrigo. *A 'intervenção móvel' da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6º, §3o da LAP e art.17§3o da LIA)*, in *Revista Forense*, ano 104, vol.400. p. 228 e ss, 2008.

sob a unidade da Constituição, quando observado o devido processo legal coletivo adequado ao controle de direitos fundamentais coletivos em litígios complexos.

Contudo, o caráter complexo dos fatos e dos direitos envolvidos, ainda demanda, da Corte, o domínio de certos assuntos externos ao processo, nos quais não possui experiência. Nesses casos, determinados conhecimentos são necessários para a solução do conflito, pois abarcam, em sua maioria, questões burocráticas e específicas que envolvem instituições violadoras.

Esses conhecimentos e habilidades não são inerentes à formação jurídica³⁹⁴ e demandam compreensão conferida a auxiliares especializados no assunto, bem como a terceiros relevantes, que são chamados pela Corte para participar do procedimento e proceder à identificação dos interesses, auxiliando na resolução da controvérsia. A ampliação de auxiliares do juiz reestrutura o modo como o diálogo formal se desenvolve no processo, para reorientar os resultados sociais que dele se esperam³⁹⁵.

Em perspectiva comparada, nos EUA, o Juiz pode conduzir diretamente a reestruturação da instituição, ou nomear um *special master*, cujas atribuições são delimitadas pela Corte ou, ainda, em lei³⁹⁶. O *special master* é um estudioso do tema com experiência em ações

³⁹⁴ VITORELLI, Edilson. O Devido Processo Legal coletivo. Op., Cit., p. 577. 2016.

³⁹⁵ Ibidem, Op., Cit., p. 577. 2016.

³⁹⁶ Nos EUA, a Rule 53 regula a existência do *special master* no processo civil federal e dispõe que:

a) Appointment.

(1) *Scope*. Unless a statute provides otherwise, a court may appoint a master only to:

(A) perform duties consented to by the parties;

(B) hold trial proceedings and make or recommend findings of fact on issues to be decided without a jury if appointment is warranted by:

(i) some exceptional condition; or

(ii) the need to perform an accounting or resolve a difficult computation of damages; or

(C) address pretrial and posttrial matters that cannot be effectively and timely addressed by an available district judge or magistrate judge of the district.

(2) *Disqualification*. A master must not have a relationship to the parties, attorneys, action, or court that would require disqualification of a judge under 28 U.S.C. §455, unless the parties, with the court's approval, consent to the appointment after the master discloses any potential grounds for disqualification.

(3) *Possible Expense or Delay*. In appointing a master, the court must consider the fairness of imposing the likely expenses on the parties and must protect against unreasonable expense or delay.

(b) Order Appointing a Master.

(1) *Notice*. Before appointing a master, the court must give the parties notice and an opportunity to be heard. Any party may suggest candidates for appointment.

(2) *Contents*. The appointing order must direct the master to proceed with all reasonable diligence and must state:

(A) the master's duties, including any investigation or enforcement duties, and any limits on the master's authority under Rule 53(c);

(B) the circumstances, if any, in which the master may communicate ex parte with the court or a party;

(C) the nature of the materials to be preserved and filed as the record of the master's activities;

(D) the time limits, method of filing the record, other procedures, and standards for reviewing the master's orders, findings, and recommendations; and

coletivas, podendo atuar como: mediador, revisor de medidas, indutor de providências e decisões a serem implementadas na instituição, supervisor da produção de provas, fomentador de relatórios sobre o andamento das medidas adotadas e, ainda, pessoa que faz recomendações ao juiz quando as decisões precisarem de ajustes³⁹⁷. Essa figura processual é remunerada com as verbas decorrentes do acordo, ou por uma das partes, conforme decisão judicial³⁹⁸.

No Brasil, o art. 149 do CPC dispõe que são auxiliares da justiça: o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária.

Além disso, se prevê, por meio da Lei 12.259/2011, a prevenção e repressão de infrações à Ordem Econômica, admitindo a intervenção judicial em empresas e estabelecendo cláusula aberta para definir as atribuições do interventor aos atos suficientes para cumprimento da Sentença judicial (art. 102 c/c 106)³⁹⁹, o que permite constatar que, também, possuímos diversas formas de auxílio ao juízo para que ele atinja seus objetivos, sendo permitido, ainda, que as normas de organização do judiciário estabeleçam outras, diversas do previsto pelo NCPC.

(E) the basis, terms, and procedure for fixing the master's compensation under Rule 53(g). Extraído em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_53. Acesso no dia 02 de janeiro de 2018. Esse auxiliar do juiz pode ser identificado no Brasil, ainda que com poderes mais limitados, a figura do perito judicial regulado pelos artigos 420 e seguintes do CPC, contudo, reconhecidamente, no direito americano o *special master* possui liberdade maior de atuação.

³⁹⁷ Para saber mais: FEINBERG, Kenneth R. Creative use of ADR: the court-appointed special settlement master. *Albany law review*, vol. 59. p. 881-893, 1996; FREILICH, Robert H. The Use of a Special Master in Complex Environmental Litigation. American Bar Association: *Urban Lawyer Journal* vol. 29, n. 1, p. 1-12, 1997.

³⁹⁸ O projeto de Lei 5.139/09 em tramitação no Congresso Nacional sobre a nova Lei da Ação Civil Pública dispõe no seu artigo 27, § 2º que: “Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função”. Extraído em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7A743FDA4A40C043411651CA48B48503.proposicoesWebExterno1?codteor=651669&filename=PL+5139/2009. Acesso no dia 02 de janeiro de 2018.

³⁹⁹ “Art. 102. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor. Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado” e “Art. 106. A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar e terá duração máxima de 180 (cento e oitenta) dias, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso dia 10 de Março de 2019.

O processo estrutural se torna “palco de negociações e de debates prospectivos, procurando uma regulação razoável”⁴⁰⁰ para a problemática que se busca sanar, tendo em mente que esses conflitos, muitas vezes, envolvem recursos públicos e, em outras, impactam instituições privadas, que atuam no padrão de consumo das pessoas. Destarte, a qualidade do devido processo legal coletivo, demanda a participação da sociedade impactada, em seus mais diversos níveis de intensidade e representação, seja por meio do iter procedimental, seja por meio de mecanismos extrajudiciais criados pelos legitimados extraordinários e controlados pelo juiz. O processo passa a se tornar um local de diálogo qualificado entre os representantes *ope legis* e os verdadeiros titulares do direito material, em formato coordenado pela Corte.

Ora, se não é toda e qualquer participação relevante para as garantias de um devido processo legal coletivo, mas apenas aquela necessária à realização do direito material, será a supervisão e coordenação do juiz quem irá identificar a que for relevante. O ônus argumentativo, reforçado da Corte e das partes, contingência a autoridade da decisão judicial firmada em “provimentos em cascata”⁴⁰¹.

No modelo experimentalista de comportamento estrutural da Corte, os juízes não precisam ter a última palavra no planejamento das medidas de reparação. As partes e instituições possuem a oportunidade de modelar as medidas e participar com voz ativa, reforçando a legitimidade democrática deste tipo de intervenção judicial, por meio de procedimento contingente da autoridade da Corte, mas deve ser permitido ao Judiciário exercer sua função de garantia estabelecida pela Constituição.

4. O PROCEDIMENTO ESTRUTURAL COMO UM PROCESSO JUDICIAL COMPLEXO

Passaremos a relacionar a pesquisa desenvolvida até aqui, com o debate atual sobre o fenômeno, que o relaciona enquanto um procedimento inserido dentro do contexto oferecido pela Corte para o tratamento de um processo judicial complexo.

⁴⁰⁰ OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, p. 184. 2017.

⁴⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, 2013. v. 225, 2013, p. 392.

Pretende-se compreender as alterações sobre a divisão de responsabilidade conferida pela Corte quando um processo judicial é considerado complexo. Essas responsabilidades, poderes e atribuições variam de intensidade, e seus limites de estruturação se modificam a medida que cada sistema processual estrutura seu modo de resolução de conflitos.

Durante a pesquisa desenvolvida, se identificou que a sanção jurisdicional em processos estruturantes é proferida de modo diverso daquela aplicada ao processo comum, essas diferenças foram apresentadas asseverando características comuns que identificam o litígio estrutural e que orientam os atos decisórios praticados (provimentos em cascata, decisão policêntrica, pró-futuro etc.).

Não se diagnosticou que tais diferenças, também influenciam a gestão judiciária e no que consisti esta alteração no contexto das tutelas judiciais americanas, se haveria uma mudança da estrutura de responsabilidades do processo adversarial na decisão estruturante, muito menos se a alteração do padrão decisório que ocorre lá, possui as mesmas possibilidades para restrições ou mitigações de valores jurídicos do modelo de resolução de conflitos brasileiro.

Afirmou-se em algumas passagens, que existem aspectos que diferenciam o modelo processual de países de *common law e civil law*, que a técnica de *injunction*, quando comparada com os efeitos da Sentença no Brasil, possuem aplicabilidade semelhante por meio de previsão normativa sobre ordens de obrigações de fazer ou não fazer (artigos 536 a 538 e art. 139, IV). Contudo, não se abriu espaço para apresentar o modelo adversarial de resolução de conflitos, relacionando-o com as alterações provocadas pelo contexto estrutural, muito menos se tais mudanças ocorreriam no modelo brasileiro da mesma forma.

Oscar G. Chase⁴⁰² afirma que sistemas de resolução de conflitos existem em suas mais variadas formas e em diversos países, porque nenhuma sociedade estaria livre de conflitos. Assim, determinado povo decide como deve processar os pleitos e queixas, se um terceiro se envolverá na disputa (resolução triádica), ou se o litígio será entregue para os litigantes resolvê-lo por conta própria (resolução diádica), além de quais normas de procedimento devem ser observadas. Chase afirma, ainda, que qualquer modelo de resolução de conflitos será resultado das escolhas que envolvem crenças e estrutura social de um país, que em

⁴⁰² CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual – Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, p.19. 2014.

estados modernos, são transpassadas para regras processuais, inter-relacionando direito e cultura⁴⁰³.

Em sentido semelhante, mas inserido no contexto que pondera sobre os objetivos envolvidos no uso de ações coletivas, Debora R. Hensler, Christopher Hodges e Ianika Tzankova⁴⁰⁴, buscam traçar um panorama sobre os efeitos da cultura, economia e política sobre a tutela coletiva de direitos, apresentando panorama global para o tratamento coletivo de ações judiciais na atualidade, expondo as potencialidades que esse veículo processual possui para por meio do direito, regular a economia e a política, mas também, de receber influências positivas ou negativas destes.

Os autores abordam problemas experimentados em países no contexto de ações coletivas sobre restrições ao acesso à justiça, mercantilização das ações judiciais e limites para atuação em esfera pública, concluindo de maneira geral, que somente uma nova perspectiva cultural sobre o direito no futuro, pode permitir enfrentar adequadamente problemas globalizados. Nesse contexto, o redimensionamento da compreensão privada sobre determinados conflitos coletivos, pode permitir que a tutela judicial seja meio de correção de assimetrias e redistribuição de estruturas de poder suficientemente apto para modificar *o status quo* de desvios constitucionais praticados e que são objeto de tutela por meio de uma *class action*⁴⁰⁵.

Se o modo como a resolução de conflitos é estruturado, depende de aspectos culturais e crenças que envolvem cada país, ainda que existam tais diferenças, em Estados Constitucionais, a organização do processo que resolverá o conflito passa por predefinições sobre a distribuição geral das funções e os papéis que cada sujeito processual exerce na instauração, desenvolvimento e conclusão do procedimento para entrega da tutela do direito. Barbosa Moreira⁴⁰⁶ denomina essa distribuição de divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.

Em um processo estruturante, a divisão das responsabilidades processuais que são tradicionais a cada ordenamento, invariavelmente, por todas as características já apresentadas, é alterada

⁴⁰³ Ibidem., p. 21. 2014.

⁴⁰⁴ HENSLER, Deborah R.; HODGES, Christopher.; TZANKOVA, Ianika. (editores) *Class Action in Context. How culture, economics and politics shape collective litigation*. Londres: Ed. Edward Elgar. 2016. 428 pags.

⁴⁰⁵ HENSLER, Deborah R.; HODGES, Christopher.; TZANKOVA, Ianika. (editores) *Class Action in Context. How culture, economics and politics shape collective litigation*. Lonres: Ed. Edward Elgar. 2016. 428 pags.

⁴⁰⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil* – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-46.

para adequar a técnica processual à realidade do direito material. quando modifica as responsabilidades tradicionais para ser possível a adjudicação do conflito, a Corte instaura um procedimento judicial complexo.

De modo geral, eles abrangem a perspectiva de que o processo se desenvolve no contexto de multipartes ou interesses policêntricos⁴⁰⁷, julgamentos morosos, ou questões de direito complexas para serem abordadas pelo modo ordinário. São diversas as ações judiciais oponíveis que podem se enquadrar na categoria de litígios complexos, tais como ações coletivas, disputas contratuais envolvendo terceirizados, arbitragem internacional, ou mesmo a venda de bens em divisas interestaduais⁴⁰⁸. Por se referir a uma das categorias de casos que foram sistematizados pelo Judiciário como possíveis de receber o tratamento de um processo judicial complexo, verifica-se que litígios estruturais se encontram inseridos neste contexto.

Pretende-se expor em que consiste a mudança de tratamento, relacionando-o enquanto um modo de estruturação alternativo que guiará o processo, tanto no modelo adversarial, quanto inquisitorial. Longe de trazer fechamento a discussão, o objetivo visa apresentar em perspectiva comparada, a lógica de gestão e comportamento judiciário empregada neste ambiente, com o foco sobre seu uso em um processo estrutural. Pretende-se verificar se a recepção do fenômeno recebe as mesmas influências de alteração das responsabilidades das partes na adjudicação do conflito, além do mesmo modo e intensidade que ocorre no contexto americano.

4.1. O devido processo legal como guia na estruturação de modelos de processo

Fredie Didier afirma que, independente do modelo de direito processual escolhido pelo ordenamento para estruturação do processo, ele deve se desenvolver em conformidade com o devido processo legal, cujo conteúdo normativo varia em razão do espaço e do tempo em que é aplicado⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. *Revista de Processo*, vol. 289. p. 423-448. 2019.

⁴⁰⁸ MARCUS, Stanley (Org. princ.). *Manual for Complex Litigation*, 4 ed. Federal Judicial Center. Ed. Thomson West. 2004. Disponível em: <https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>.

⁴⁰⁹ DIDIER Jr., Fredie. Os três modelos de direito processual: Inquisitivo, dispositivo e cooperativo. São Paulo: *RePro*, v. 36, n. 198, p. 213-225, 2011.

No capítulo anterior, quando se tratou da representação adequada, demonstrou-se que, pela pesquisa realizada por Edilson Vitorelli⁴¹⁰, historicamente, o modo como EUA e Inglaterra entendem o devido processo legal é similar ao tratamento oferecido pelo Brasil a este princípio, e que de modo geral, tanto em sistemas de *civil law*, como de *common law*, a observância desta garantia é necessária para que uma decisão judicial seja considerada justa, sendo uma compreensão enraizada como um valor ocidental.

Contudo, mesmo sendo uma perspectiva comum, a vagueza e indeterminação do termo, bem como as diferenças sobre como ele encontra-se normativamente apresentado em cada país, permite que a compreensão exata sobre ele, seja densificada em maior ou menor medida, a partir da preferência que determinado ordenamento revela sobre determinados valores, tais como a segurança jurídica ou a eficiência, e ainda, o modo como tolera restrições maiores ou menores sobre a autonomia individual em detrimento de valores públicos.

Desse modo, para verificar qual processo seria tolerado como justo em cada ordenamento, basta identificar quais valores são mais ou menos aceitos no modo como ele estrutura a resolução de conflitos. Contudo, não se pode perder de vista que o processo existe para realizar o direito material violado, desse modo, todos os elementos que estruturam o modo de adjudicação, deve ser pensado à luz desse objetivo. Neste caso, Edilson Vitorelli considera que o processo pode vir a restringir determinadas garantias, se encontrar outras formas de realizar os direitos envolvidos no litígio, que justifiquem essa supressão, sem que ela ocorra por via transversa, mas na exata necessidade do conflito⁴¹¹.

Diante da fase instrumental e de centralidade do processo como garantia fundamental pela qual passa o direito brasileiro⁴¹², não se pode considerar todos os fins de um processo e suas garantias indicadas no texto reduzido de uma previsão legal, sendo necessário compreender o contexto determinado, especialmente porque afirmações que pretendem alcançar essa pretensão de totalidade abstrata, possuem dificuldade de mensuração empírica.

⁴¹⁰ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 134

⁴¹¹ *Ibidem.*, Op., Cit., p. 202-203. 2016.

⁴¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. RT, 2008; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o direito processual*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, dentre outros.

Não obstante, conforme foi assinalado, para Vitorelli a participação daquele que pode sofrer os efeitos de um processo judicial é uma garantia comum que qualquer ordenamento estabelece para que ele seja considerado justo, não obstante, ela deve se constituir enquanto garantia, na exata medida que contribui para a tutela justa e efetiva do direito material violado⁴¹³.

Em outra perspectiva, se afirmou, quando se tratou, no capítulo anterior, do devido processo legal em processos estruturantes que, para Owen Fiss⁴¹⁴, a Constituição Americana não garantiria a participação direta em processo judicial enquanto uma cláusula do devido processo legal. Para o autor, o devido processo legal, na realidade, vem se apresentar como garantia de representação dos interesses do litigante, o que não significa participação direta

Considera-se que o papel das Cortes é interpretar os valores públicos da Constituição e que o processo deve avaliar como a decisão e a escolha desses valores irão ressoar na sociedade. Isto é, ainda que não caiba somente aos juízes dar significado a valores constitucionais, eles certamente possuem razões para fazê-lo. Nessa perspectiva, determinadas garantias serão proporcionalmente valiosas, à medida que auxiliem na interpretação dos valores públicos com origem na norma abstrata adjudicada⁴¹⁵. Desse modo, a garantia da participação, e qualquer outra, não é um fim em si mesmo, mas suficiente, à medida que for necessária para essa atividade.

Quando a interpretação de valores públicos envolve a resolução de litígios complexos, como é o caso de um processo estrutural, o ato de interpretar quais garantias devem ser observadas durante o procedimento que adjudica o direito, considera razões e argumentos de qualidade e intensidades diferenciadas, porque essa interpretação ocorre em um contexto totalmente diverso daquele ao qual o modelo processual de resolução de conflitos bipolar e privado se desenvolve.

Desse modo, para verificar em perspectiva comparada o contexto que estrutura o sistema de resolução de conflito por meio de procedimentos complexos e como as restrições ou ampliações de determinadas garantias se justificam durante os atos praticados em processos

⁴¹³ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 164 e ss.

⁴¹⁴ FISS, Owen. *The allure of individualism*. *Iowa Law Review*, vol. 78, p. 965-979, 1993.

⁴¹⁵ No Original: "Adjudication is the social process by which judges give meaning to our public values". FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, p. 1-58, 1979.

estruturais, necessário compreender como o Judiciário fornece o tratamento de processo judicial complexo aos casos que são levados à Corte nos EUA, e como essa compreensão alterou o sistema de resolução de conflitos tradicionalmente adversarial, para incrementar determinados poderes ao juiz na tentativa de se realizar o direito.

4.1.1. O processo judicial complexo como modelo de estruturação de processo

Nos capítulos 2 e 3, ao fixar um conceito comum sobre processos estruturais, se afirmou que todo processo estrutural é um litígio complexo, utilizando-se de dois autores para sustentar esta posição.

Pertencente à doutrina nacional, Edilson Vitorelli afirma que litígios complexos são litígios que não se enquadram na estrutura de processo tradicional, possuem inúmeros centros de interesses e/ou violações subsidiárias problemáticas, que se relacionam com os demais, e cuja própria solução se vincula à solução de todo problema. Por isso são policêntricos, isto é, possuem interesses simultâneos a serem protegidos juridicamente no mesmo conflito⁴¹⁶.

A solução judicial (*decisionmaker*) nesses litígios afasta o modo tradicional de decidir, compreendido por meio do binômio da licitude ou ilicitude do comportamento transgressor na declaração do direito, para se aproximar de considerações que tomam como relevantes os *inputs* políticos, econômicos e de outras áreas do conhecimento, os quais auxiliam na solução jurídica que não se encontra expressamente prevista em lei⁴¹⁷.

Identificou-se, ainda, que esses litígios complexos podem ser coletivos e demandar um processo estruturante. Contudo, o processo coletivo pode ou não interagir com o processo estruturante. Litígios coletivos complexos ocorreriam no contexto de uma relação jurídica titularizada por uma sociedade, com alcance global, local ou irradiado e não se restringiriam apenas a indivíduos isoladamente considerados. Entretanto, as soluções judiciais para esses litígios podem ocorrer pela via da ação coletiva ou individual, de modo que o processo

⁴¹⁶ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. vol. 284. p. 333-369, 2018.

⁴¹⁷ *Ibidem.*, Op., Cit., 2018.

coletivo é uma entre as opções legislativas para tutelar conflitos coletivos de maneira racional e isonômica, que pode ou não demandar uma técnica estrutural⁴¹⁸.

Edilson Vitorelli também afirma que litígios coletivos irradiados seriam sempre complexos, porque as características da lesão não são uniformes, assim como a forma de reparar o dano causado àquela sociedade, sendo a complexidade o indicador que condiciona o modo de exercício da representação no procedimento⁴¹⁹.

Pelos estudos desenvolvidos até aqui, não se pode afirmar que todo processo complexo é um processo estruturante, mas que, se um processo estruturante for utilizado, ele será um processo complexo. O alcance demonstrado pela doutrina exposta nos dois capítulos anteriores contribui para se identificar um litígio complexo, bem como desenvolver um procedimento adequado ao seu tratamento, observadas certas garantias processuais relacionadas a intensidade e conflituosidade que envolve o conflito. Além disso, permite relacionar o uso de um processo estruturante a um procedimento adequado para realizar o direito material em um litígio irradiado.

Contudo, as considerações feitas até agora não versam sobre o modelo de estruturação que compõe um processo judicial complexo e como ele interage com os sistemas tradicionais. Os estudos de Jay Tidmarsh e Roger H. Trangsrud⁴²⁰ se revelam essenciais na abordagem sobre o assunto e serão apresentados a seguir para demonstrar o dilema que se estabelece quando a Corte decide utilizar esse tipo de tutela judicial.

Segundo os autores, quando se pretende afirmar que um processo judicial é complexo, o objetivo é pleitear uma postura mais inovadora e agressiva do Poder Judiciário no desenvolvimento de métodos processuais que possam resolver a disputa entre as partes⁴²¹. O uso desse argumento serve a uma estratégia comportamental, que influencia no resultado do tratamento do caso, porque a Corte adota postura diferenciada para personalizar o procedimento ao conflito, a fim de restaurar a condição original anterior à violação de direitos⁴²².

⁴¹⁸ Ibidem., Op., Cit., 2018.

⁴¹⁹ Ibidem., Op., Cit., 2018.

⁴²⁰ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

⁴²¹ Ibidem., 2002., p. 01.

⁴²² Ibidem., 2002., p. 01.

Ao se referir ao uso de um “*Complex Litigation*”⁴²³, os autores afirmam que, na doutrina americana, o conceito desse tipo de processo é tratado como um “*I-know-it-when-I-see-it*”, em razão da dificuldade de previsão legislativa que comporte a realidade de seu uso. O fenômeno que envolve um processo judicial complexo se manifesta de diferentes formas e por diversos caminhos, gerando reações e consequências em razão do abandono dos modelos processuais ordinários que implicam um grau de responsabilidade maior das partes sobre o sucesso da medida e uma revisão da autoridade conferida ao juiz.

No processo judicial complexo, passam a ocorrer, durante o procedimento, diversos conflitos aparentes, sob premissas comuns ao processo ordinário e que são utilizadas para determinar racionalmente os fatos e o direito das partes sob o Estado Democrático de Direito em cuja Corte encontra-se assentado. Nesse caso, cada sistema jurídico (*civil law e common law*) lida com a mitigação desses valores de uma forma específica, o que não muda o fato de que o Judiciário, ao oferecer este tratamento, deve considerar esses conflitos e fazer suas escolhas⁴²⁴.

Esse aparente conflito se estabelece, porque premissas processuais comuns interagem com o direito material, tais como adstrição do juiz aos pedidos, impulso oficial das partes (*common law*), vedação ao julgamento *ultrapetita*, preclusão, vedação de pleitear direito alheio em nome próprio, dentre outras e passam a colidir com a necessidade que o procedimento tem de se ajustar à realidade do direito material que se visa adjudicar.

Hermes Zaneti Júnior⁴²⁵ ao propor sua teoria circular dos planos, afirma que a atividade interpretativa permanentemente se desenvolve em uma perspectiva circular dos planos em que direito material e direito processual se relacionam, a fim de que um sirva ao outro em sua finalidade, sendo o processo civil o mediador da ordenação dos debates, dentro de um procedimento apto oferecer a correta aplicação do direito (pretensão de correção)⁴²⁶.

⁴²³ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, 2002. pag. 02. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

⁴²⁴ *Ibidem.*, Op., Cit., 2002., p. 01 e 303.

⁴²⁵ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional de Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. Ver., amp., alterada. São Paulo: Atlas, 2014. pag. 58-61.

⁴²⁶ Em sentido semelhante sobre essa simbiose permanente entre direito material e processual, ou sua interface bifronte: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o direito processual*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003; MAZZEI, Rodrigo Reis. A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002 In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função social do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 377- 410; MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação - Notas iniciais à leitura do Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Orgs.) *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. 1. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

Compreende-se que para densificar essa pretensão de correção, o processo deve cumprir com seu objetivo, que é entregar a tutela adequada, efetiva e tempestiva do direito⁴²⁷. Quando no contexto de processos judiciais complexos⁴²⁸, o comportamento da Corte na formação do procedimento observa base axiológica diversa, que lhe permite interpretar o ordenamento para superar a aparente tensão de adequação do procedimento à tutela⁴²⁹, (re)construindo os institutos processuais desenvolvidos para a tutela de direito individual⁴³⁰, ou para o procedimento ordinário⁴³¹, de modo a viabilizar a entrega do direito material.

Trata-se de uma ferramenta hermenêutica de interpretação pragmática, porque reconhece as limitações que o sistema jurídico possui para lidar com litígios complexos⁴³², encarando o processo como uma garantia constitucional que prioriza a adjudicação de valores públicos no ato de interpretação da lei na formação da norma ao caso, sob a unidade da Constituição⁴³³. Restrições e adequações processuais ao modelo de estruturação de resolução de conflito disposto no ordenamento, se justificam na exata medida e intensidade em que propiciam materialidade aos valores públicos a serem adjudicados. Os limites toleráveis, envolvem compreensões sobre como cada cultura e sociedade decidem quais serão os pilares do direito que lhes sustenta, e de que forma poderão ocorrer estas flexibilizações.

⁴²⁷ ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Novo Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2018.

⁴²⁸ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

⁴²⁹ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco. Em sentido semelhante indicando alternativas a crises do processo no contexto brasileiro, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, propõe nova fase metodológica do processo, denominada de formalismo-valorativo, afirmando que: “Além de equacionar de maneira adequada as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e colocar o processo no centro da teoria do processo, [...] mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores - justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança -, base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação”. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.22.

⁴³⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais – Para além da proteção de interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, 427p.

⁴³¹ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

⁴³² TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. Austin: *Texas Law Review*, vol. 87. p. 1137-1203, 2009.

⁴³³ OWEN, Fiss. To make the constitution a living truth. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017; Sem o objetivo de se afiliar ao pensamento de Fiss, mas não o desprezando, chegando a conclusões similares para interpretar direitos de acordo com os anseios Constitucionais no Brasil: ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional de Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. Ver., amp., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

Esses pilares são erigidos a partir de premissas comuns, escolhidas em cada ordenamento⁴³⁴, qu envolvem escolhas de devido processo legal admitidas pelo modelo de estruturação de processo adotado (adversarial, inquisitorial ou híbrido). Critérios de eficiência da justiça, que relacionam padrões de isonomia, coerência, racionalização dos custos e igualdade substancial também são enfrentados pela Corte⁴³⁵. Marco Antônio dos Santos Rodrigues e José Roberto Sotero de Mello Porto abordam a eficiência processual enquanto critério em que se busca atingir o máximo da finalidade (qualitativa e quantitativamente) com o menor esforço, formulando ainda que para atingir este desiderato, o ato processual deve observar produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, presteza, desburocratização e flexibilidade⁴³⁶.

Por sua vez, a complexidade de um processo estrutural pode ser determinada quando envolver multiplicidade de partes, advogados, autores e réus dispersos geograficamente, um número elevado de testemunhas, questões jurídicas ou questões processuais em que o procedimento ordinário se demonstra inadequado em oferecer tratamento, em casos de colisões de garantias individuais e garantias de interesses públicos, formas de obtenção de provas complexas, requisitos para determinação dos efeitos do julgamento de uma ação coletiva, dificuldade em conferir efetividade aos efeitos da sentença, dificuldade em se precisar os efeitos individuais sobre a coisa julgada coletiva, julgamentos repetitivos de matérias com grande repercussão, dentre outros⁴³⁷.

Buscando eficiência da Justiça e adequação da tutela ao direito, Tidmarsh e Trangsrud⁴³⁸ afirmam que um processo judicial complexo passa a se justificar quando verificado no caso concreto que:

- 1) Leis, doutrinas, ou circunstâncias fáticas tornam impossível para uma parte responsável (juiz, autor, réu, advogado etc.), executar a tarefa que o sistema adversarial lhe outorgou, de modo a assegurar um modelo racional de solução da disputa;
- 2) Nestes casos, soluções racionais podem ser obtidas, ampliando os poderes da Corte no desenho do procedimento, mesmo que isso se demonstre uma aparente contradição de perspectiva sobre o modelo adversarial existente na tradição jurídica de *commonw law*; e

⁴³⁴ ÁVILA, Humberto. O que é “Devido Processo Legal”? *Revista de Processo*. vol. 163. p.50-59. Set-2008.

⁴³⁵ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco. p. 280 e ss.

⁴³⁶ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Princípio da eficiência processual e direito à boa jurisdição. São Paulo: *Revista de Processo*. vol. 275. p. 89-117, 2018.

⁴³⁷ Compreensão extraída do sítio eletrônico elaborado pelo Centro Nacional de Cortes Estaduais, responsável por organizar a administração judiciária americana. Disponível em: <https://www.ncsc.org/Topics/Civil/Complex-Litigation/Resource-Guide.aspx>. Acesso: dia 23 de abril de 2019.

⁴³⁸ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation*. Op., Cit., p. 289. 2002.

3) O resultado da ampliação desse incremento de poderes é o uso de procedimentos ou regras diversas, que passam a ser determinantes quando aplicadas no contexto de casos similares.

Na doutrina nacional, preocupações semelhantes são abordadas sob a ótica panprocessual⁴³⁹. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna⁴⁴⁰, ao oferecer uma abordagem para o problema, afirmam que o sistema de resolução de disputa tradicional passa por mudanças para adquirir novas funções, não imaginadas numa era liberal, justificadas em razão dos níveis de complexidade que envolvem os conflitos contemporâneos. Nessa hipótese, a tutela é analisada caso a caso, numa escolha proporcional no que tange a interesses públicos, o que naturalmente demanda sacrifícios e perdas.

Conclui-se, então, que a solução de litígios complexos pela via judicial envolve relativizar determinados pilares processuais que sustentam modelos ordinários de resolução de conflitos judiciais⁴⁴¹ em razão da necessidade que o caso concreto impõe. Nesse caso, o processo judicial complexo passa a se desenvolver sobre dilema permanente exercido por uma ponderação entre valores ligados à autonomia individual dos sujeitos e segurança jurídica, com valores de interesse público e efetividade da justiça na proteção de direitos fundamentais.

4.1.2. O dilema do Processo Judicial Complexo

Constata-se que os estudos acadêmicos que sucederam ao conceito de “*Public Law Litigation*”⁴⁴² compartilharam compreensão comum de que a defesa de um procedimento judicial diferenciado, para determinados conflitos, implica uma revisão do sistema adversarial clássico, porque modifica o papel do juiz e as responsabilidades das partes.

De maneira geral, em países que adotam o sistema *common law*, a busca pela verdade processual é de responsabilidades das partes, uma ideia que se desdobra no método judicial de solução de controvérsias adversarial. De modo contrário, em países de *civil law*, a busca pela

⁴³⁹ A abordagem do devido processo legal sob a ótica pan-processualista dispõe que o alcance dessa garantia não se observa apenas na perspectiva da relação endoprocessual existente entre autor e réu. Sob essa ótica, o serviço público “Justiça” deve ser avaliado em seu conjunto, isto é, sob a perspectiva processual, legislativa, estrutural e cultural, trazendo aspectos externos ao processo, porque influenciam e condicionam seu desenvolvimento. Para conhecer mais sobre o assunto: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais – Para além da proteção de interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁴⁴⁰ Arenhart, Sergio Cruz and Osna, Gustavo, Complexity, Proportionality and the 'Pan-Procedural' Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation. *International Journal of Procedural Law*, v. 4. p. 10, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2779681>.

⁴⁴¹ Roger H. Trangsrud, James F. Humphreys Complex Litigation Lecture: The Adversary System and Modern Class Action Practice, *George Washington Law Review*. vol. 76. pags.181-196. 2008.

⁴⁴² CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. vol. 89, n. 7. mai-1976.

verdade processual é responsabilidade do Estado e as partes auxiliam atuando de boa-fé, compreensão que se desdobra no método judicial de solução de controvérsias inquisitorial⁴⁴³.

John Anthony Jolowicz compreende que no sistema adversarial, o processo judicial assume a perspectiva de uma competição ou disputa (*dispute resolution*) entre as partes, que se comportam como adversários, cabendo ao órgão jurisdicional se comportar como um árbitro neutro, cuja função principal é a de decidir⁴⁴⁴. Neste sistema, os advogados assumem grande responsabilidade sobre o impulso de cada tarefa central sobre o procedimento, escolhendo os sujeitos que compõem os polos da ação, as reivindicações oferecidas e quais pedidos serão apresentados. Além disso, definem o foro e a jurisdição em que pretendem pleitear seu direito e as provas que serão utilizadas no processo, que são verificadas entre eles antes de valerem como argumentos admitidos como legítimos para uso na decisão judicial⁴⁴⁵.

De modo diverso, no modelo inquisitorial, o processo se revela como uma “pesquisa oficial”⁴⁴⁶ do Estado em busca da verdade. Nesse caso, o Judiciário é o protagonista na condução. Barbosa Moreira⁴⁴⁷ exemplifica, relacionando o litígio como uma enfermidade social em que a cura é revelada pelo meio processual. Nesse caso, o sujeito enfermo não teria autonomia para controlar a atividade do médico, as disposições do hospital onde se encontra internado, ou recusar a prescrição dos remédios adequados e que são indispensáveis para a cura do paciente.

Temos, portanto, que os estudos sobre processo judicial complexo, processos estruturantes ou processo judicial para interesse público, desenvolvidos pela doutrina americana, visaram a apresentar argumentos favoráveis para modificações do formato de disputa entre as partes, justificar o incremento da autoridade da Corte, na busca de ferramentas e provas, além de meios para se obter ordens específicas. Essas adaptações, em tese, os aproximariam de determinadas características inquisitoriais.

⁴⁴³ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo:Ed. Martins Fontes. 5. Ed., 2014.

⁴⁴⁴ JOLOWICZ, J. A. Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation. In: *On civil procedure (Cambridge Studies in International and Comparative Law)*. Cambridge: Cambridge University Press, cap. IX, pgs. 175-182. 2000.

⁴⁴⁵ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, pag. 280 e ss. 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.⁴⁴⁵ Ibidem., 2002.

⁴⁴⁶ AMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

⁴⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil* – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

Quando analisado o modelo brasileiro de estruturação do processo, verifica-se pouco prático desenvolver justificativas teóricas para ampliar os poderes do no sentido de garantir a realização do direito material. O processo, no ordenamento, é considerado após o CPC de 2015 como um direito fundamental de se obter um processo justo⁴⁴⁸, que se desdobra em uma atuação proeminente da Corte na busca da verdade processual, em busca de provas e correção de assimetrias no julgamento do conflito⁴⁴⁹.

Em tal contexto, se, no sistema adversarial, a atuação da Corte para proteger valores públicos implica romper com a neutralidade para adjudicar o conflito, verifica-se que no Brasil essa prática já ocorre inclusive nos processos individuais, como é o caso das tutelas judiciais individuais de saúde. Assim, se o processo judicial complexo incrementa os poderes instrutórios do juiz no modelo adversarial, no Brasil, quais seriam as alterações das responsabilidades? Fredie Didier auxilia esta investigação, revelando que quando se afirma que um sistema é adversarial, o que prepondera nos atos processuais é o princípio dispositivo; por outro lado, quando ele é inquisitorial, prevalece o princípio inquisitivo⁴⁵⁰.

Nesse caso, a observância de um ou outro princípio levará a modificar atribuições e tarefas relacionadas à condução ou instrução do processo. Desse modo, quanto maior o poder do magistrado para livre dispor do tratamento do caso, maior será a incidência inquisitiva. De modo diverso, quanto maior autonomia for oferecida para as partes conduzirem o conflito, maior será o respeito ao princípio dispositivo⁴⁵¹. Barbosa Moreira considera que as influências recíprocas exercidas entre os sistemas de *common law* e *civil law*, ao longo dos últimos anos, demonstram que diferenças estanques de escolhas entre os princípios se revelam difíceis e inadequadas⁴⁵².

Como o contexto brasileiro de processo civil se limita ao que dispõe a lei e o ordenamento, verifica-se que essa dicotomia será primeiramente demonstrada sobre as escolhas que o legislador fará a respeito de temas que estruturam o procedimento, tais como formas de instauração do processo, produção de provas, delimitação do objeto litigioso, modo de

⁴⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil* São Paulo: RT. vols. 1 a 3. 2018.

⁴⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3a ed. São Paulo: RT, 2001.

⁴⁵⁰ DIDIER Jr., Fredie. Os três modelos de direito processual: Inquisitivo, dispositivo e cooperativo. São Paulo: *RePro*, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago-2011.

⁴⁵¹ *Ibidem.*, p. 215. 2011.

⁴⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Processo civil e processo penal: mão e contramão In: Temas de direito processual – sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 201-215.

identificação das questões de fato e de direito e sistema recursal. Nesse caso, não existem vedações para que, no desenvolvimento legislativo, ao se imaginar determinada solução processual, se privilegie um princípio em detrimento do outro⁴⁵³.

Didier exemplifica, com o Código de Processo Civil de 1973, que o tratamento processual fornecido pelo legislador, ocorre a todo instante e em previsões diversas, sob a égide dos dois princípios. Quanto à definição do objeto litigioso, verifica-se uma atribuição reservada para as partes (arts 128, 263 e 460), enquanto a atividade de investigação da prova pode ser determinada de ofício pelo juiz (art. 130). Essas previsões permanecem no Código de Processo Civil de 2015, ainda que enumeradas sob outros artigos.

Tal constatação demonstra que, no modelo brasileiro, não haveria um sistema totalmente dispositivo ou inquisitorial, mas um sistema de estruturação do processo para resolução de conflitos pela via judicial, que combina ambos os princípios ao desenvolver o processo civil. Opinião similar é a de John Anthony Jolowicz⁴⁵⁴, para quem não existiriam sistemas puros de direito em modelos estruturação do processo, mas sistemas dinâmicos que se predomina um ou outro princípio, de acordo com razões de escolhas imperativas.

Na constatação de que sistemas puros são cada vez mais difíceis de determinar, em razão das influências recíprocas entre os ordenamentos, nos últimos anos, percebe-se influências no processo judicial brasileiro e nas legislações, de institutos processuais que fornecem maior autonomia das partes em face da primazia instrutória e de autoridade do juiz.

Fredie Didier identifica que no ordenamento brasileiro, haveria espaço para ao menos um terceiro modelo de organização do processo, que denomina de Processo Cooperativo⁴⁵⁵. Para esta divisão de responsabilidades sobre a adjudicação de direitos, os princípios do devido processo legal, da boa-fé, da cooperação e do contraditório juntos, sustentariam a base de seu uso em uma reavivada perspectiva. Marco Antônio Rodrigues passa a identificar em perspectiva similar, que o Devido Processo legal seja compreendido mediante sua finalidade, isto é, observá-lo na adjudicação de direitos não significa fornecer a ele caráter absoluto, mas

⁴⁵³ DIDIER Jr., Fredie. Os três modelos de direito processual: Inquisitivo, dispositivo e cooperativo. São Paulo: *RePro*, v. 36, n. 198, ago-2011. p. 216.

⁴⁵⁴ JOLOWICZ, J. A. Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation. *In: On civil procedure (Cambridge Studies in International and Comparative Law)*. Cambridge: Cambridge University Press, cap. IX. 2000, p. 175-176.

⁴⁵⁵ DIDIER Jr., Fredie. Os três modelos de direito processual: Inquisitivo, dispositivo e cooperativo. São Paulo: *Revista de Processo*, v. 36, n. 198, p. 213-225. 2011.

dinâmico e flexível para auxiliar na viabilização de um processo justo e adequado aos jurisdicionados na entrega de direitos⁴⁵⁶.

Esse raciocínio é reflexo de uma nova dimensão sobre o papel do contraditório. Alvaro de Oliveira passa a mencioná-lo como dever de diálogo processual entre as partes, que deixam de competir entre si para atuar de forma cooperada⁴⁵⁷. O contraditório, segundo Cabral, deixa de limitar o debate sobre as questões formais de direito e se realizar por meio do concreto exercício de manifestação, para formação do convencimento do juiz, sob a garantia do direito de influência⁴⁵⁸.

Asseverando o papel da colaboração para a reestruturação do processo civil, Daniel Mitidiero afirma que quando observado, a responsabilidade pelo procedimento deixa de ser exclusiva de qualquer uma das partes ou do juiz, para ser um compromisso de todos, reagrupando o relacionamento da Corte para com os sujeitos processuais de maneira isonômica durante a condução dos atos processuais, e somente assimétrica nas razões de decidir⁴⁵⁹.

O juiz cooperativo fomenta a controvérsia, na fase preparatória do julgamento, conforme prevê o artigo 357 do CPC/15, ampliando as oportunidades de esclarecimento, a homologação de acordo sobre as questões de fato e de direito que serão delineadas. Além disso, pode sanear questões processuais pendentes em audiência, por meio de solução consensual, convenção processual e negócios jurídicos por meio da cooperação com as partes⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 151

⁴⁵⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 15, p. 7-20, 1998.

⁴⁵⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n. 2, p. 449-463. 2005.

⁴⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: RT, 2011 pags. 89-90 e 111.

⁴⁶⁰ “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. § 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável. § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 de março de 2018.

Dierle Nunes⁴⁶¹ vai adiante, compreendendo que esse modelo cooperativo de processo, por ele denominado de “comparticipativo”, seria o mais adequado para a democracia, porque os atores processuais passam a serem vistos “em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”.

Essa abordagem também é trazida por Hermes Zaneti Júnior quando afirma que o contraditório se torna, a partir da vigência conferida ao art. 5º. LV da Constituição Federal, enquanto um “valor-fonte” do processo democrático⁴⁶². Marco Antônio Rodrigues relaciona o dever de cooperação com a responsabilidade na ordenação dos debates⁴⁶³, o que se compreende como um incremento da autonomia da vontade dos sujeitos quando em perspectiva com a abordagem deste capítulo.

Ávila afirmará que para cada direito, deve haver um instrumento adequado para sua proteção, sendo o devido processo legal a garantia imediata deste direito, seja em decorrência da aplicação de um princípio, ou da incidência de uma regra. Reflexos sobre os ajustes processuais necessários à adequação das normas de direito material, são identificados no fornecimento do substrato material para que normas de direito processual se consubstanciem por instrumentos formais de sua eficácia na tutela dos direitos.⁴⁶⁴ Por sua vez, nos casos em que o processo ordinário não se ajusta a tutela adequada do direito material, o devido processo legal se desenvolve nesta atividade cooperada, que passa a ser compreendida como instrumento de proteção dos direitos fundamentais⁴⁶⁵.

O raciocínio que desenvolvido aqui, guarda coerência com o que já foi abordado anteriormente sobre o papel das normas processuais fundamentais do Código de 2015 para o exercício de compatibilidade entre o sistema de processo coletivo e o devido processo legal,

⁴⁶¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.

⁴⁶² ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional de Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. Ver., amp., alterada. São Paulo: Atlas, 2014. pag. 58-61.

⁴⁶³ ZANETI JR., Hermes. O Princípio da Cooperação e o Código de Processo Civil: Cooperação para o Processo. In.: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; NETO, Edgard Audomar Marx; REZENDE, Ester Camila Gomes Morato. *Processo Civil Contemporâneo. Homenagem aos 80 Anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: GEN/Forense/IBDP, 2018.

⁴⁶⁴ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 163, p. 50-59, 2008.

⁴⁶⁵ *Ibidem.*, Op., Cit., pag. 4, 2008.

revelando seu papel na interpretação do contraditório, da participação das partes e na representação dos ausentes.⁴⁶⁶

Diante do auspício do levantamento de uma nova estrutura de processo, no Brasil, a partir da Constituição de 1988⁴⁶⁷, que tomou folego com o Código de Processo Civil de 2015⁴⁶⁸, o diálogo oferecido entre tradições permite que, na aplicação de processos estruturais, o modelo de divisão das responsabilidades no processo recepcionado, tome por base a estrutura de processo cooperativo demonstrada.

O Processo Cooperativo, para Zaneti, se assemelharia a um modelo normativo de democracia, baseada na institucionalização de procedimentos que permitam participação na formação de decisões, que elas sejam passíveis de justificação racional e de aceitação dessa racionalidade – passando a orientar as partes e ao juiz durante o discurso processual⁴⁶⁹. O autor compreende que o modelo de sistema jurídico brasileiro é historicamente vinculado à aporia da justiça por pretensão de correção, e à “boa razão”, compreendida enquanto critério de razoabilidade, apresentando notável abertura para a recepção doutrinária de ideias estrangeiras, o que denomina de Bartolismo, uma característica que se opõe a um fechado normativismo histórico, tornando-se um hibridismo jurídico que revela a força normativa da Constituição e a aproximação com tradições jurídicas distintas⁴⁷⁰.

Nesse contexto, se na tradição que desenvolveu o processo judicial complexo com o uso de medidas estruturais, o êxito da tutela demanda atuação dinâmica e cooperada das partes⁴⁷¹, a recepção do instituto sob a base do modelo de processo cooperativo exposto, permite calibrações nacionais ao procedimento, de modo a que proteja direitos de maneira efetiva, em

⁴⁶⁶ ANDRADE DOMINGOS, Pedro Luiz de. A atividade Jurisdicional Coletiva: Normas Processuais Fundamentais e o devido processo legal coletivo. In: DEL PUPO, Thais Milani; Pereira, Diogo Abineder Ferreira Nolasco (coords.). *Estudos sobre direito processual: homenagem ao processor Marcellus Polastri Lima*. Vitória: Ed. Conhecimento, 2019. pags. 473-492.

⁴⁶⁷ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. Op., Cit., 2014.

⁴⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. vol. 8. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁴⁶⁹ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional de Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. Ver., amp., alterada. São Paulo: Atlas, 2014. pag. 56-57; O Princípio da Cooperação e o Código de Processo Civil: Cooperação para o Processo. In.: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; NETO, Edgard Audomar Marx; REZENDE, Ester Camila Gomes Morato. *Processo Civil Contemporâneo. Homenagem aos 80 Anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: GEN/Forense/IBDP, 2018.

⁴⁷⁰ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional de Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. Ver., amp., alterada. São Paulo: Atlas, 2014. p. 60.

⁴⁷¹ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. vol. 89. n. 7, mai-1976.

diálogo processual⁴⁷², numa atividade cooperada para atingir os objetivos de um processo justo⁴⁷³.

Verifica-se que, se o uso de um processo judicial complexo altera o modelo ordinário de estruturação das responsabilidades e os objetivos do procedimento que adjudica direitos⁴⁷⁴, guardando-se as diferenças entre as tradições que desenvolvem os sistemas americano e o nacional, a recepção do fenômeno indica que seu uso não necessariamente indicará incremento sobre a autoridade do juiz, que já possui elevados poderes instrutórios regulamentados no ordenamento. Em algumas situações, o que pode ocorrer é exatamente o inverso, isto é, certo ajuste dinâmico para redistribuição da autoridade instrutória para as partes, privilegiando soluções consensuais em incremento da autonomia da vontade nos negócios processuais.

Na realidade, em função do hibridismo normativo do ordenamento brasileiro, que convive com regras de inspirações adversariais e inquisitoriais mutuamente, recomenda-se que o balanceamento de prevalência entre princípios e regras num procedimento estrutural, se desenvolverá de forma dinâmica, com proeminente cooperação e participação das partes na solução do conflito. O processo colaborativo contribuiu para descentralizar o Estado-Juiz e o monopólio sobre o controle do procedimento, estimulando certa autonomia das partes em determinadas situações processuais, reajustando previsões do ordenamento, a medida que as necessidades do conflito demanda para sua solução, permitindo a Corte atuar na fiscalização dos atos praticados pelas partes, ao invés de diligenciá-los diretamente.

4.1.2. A Tutela Judicial estrutural em Processo Judicial Complexo

O processo estruturante visou ao uso de técnicas diferenciadas em um processo judicial complexo e se desenvolveu para promover decisões que tivessem a condição de reestruturar

⁴⁷² ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional de Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. Ver., amp., alterada. São Paulo: Atlas, 2014. p. 60.

⁴⁷³ Segundo Marco Antônio Rodrigues: “Assim sendo, deve ser prestigiada a legitimidade democrática presente na elaboração de regra que não ofende a Constituição, somente podendo ser afastada a sua aplicação quando gerar uma ofensa às garantias do processo justo como um todo, pois, nessa hipótese, as razões que justificam a norma não têm como se manter, diante de uma interpretação sistemática, à luz do ordenamento jurídico como um todo” (RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2014, p. 117-217.

⁴⁷⁴ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, pag. 07, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

comportamentos institucionalizados, tais como ocorrido no *leading case inaugural Brown v. Board of Education*⁴⁷⁵.

Nesse julgamento, a Corte de Warren⁴⁷⁶ assumiu para si a tarefa constitucional de garantir igualdade racial nos EUA, interpretando o direito a igualdade por meio da implementação de diversos compromissos que evoluíram para um amplo programa de reforma constitucional, compreendendo a “*Bill of Rights*” incorporada à Constituição Americana em 1791, bem como as emendas constitucionais do período pós-guerra como ideais americanos que vieram a se tornar padrões de julgamento por meio dos tribunais em períodos posteriores⁴⁷⁷.

Como já observado, na revisão desses comportamentos, o uso de técnicas estruturantes, tornou-se necessário para restaurar a integridade do direito constitucional violado e que atingiu determinado grupo⁴⁷⁸. A finalidade estrutural de uma sentença (*remedy*) é uma, entre outras formas possíveis de adjudicação de casos complexos, nos EUA⁴⁷⁹, inovadora em seu início, porque não se ateu as ferramentas disponíveis ao modelo tradicional de reparação previsto por *damages* ou *injunctions* reguladas pelo *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)*⁴⁸⁰. A ideia básica de reparação do ilícito, nos EUA, é a de que a punição imposta pela Corte para as consequências resultantes dos atos transgressores, deve ser capaz de restaurar o estado de coisas anterior (*a remedy is anything a court can do for a litigant*)⁴⁸¹.

Diversos procedimentos são regulamentados pelo FRCP, assim como diversos tipos de sanções. Além deles, os precedentes firmados em decisões de Tribunais Americanos auxiliam na densificação das regras e na integridade do direito⁴⁸². Se ainda assim não houver condições de tratamento adequado ao caso, ou as ferramentas reparatórias disponíveis, não forem suficientes, ainda há a possibilidade do uso das normas de *equity* para solucionar o conflito, unificadas às regras de direito no sistema jurídico americano, desde 1938 por meio

⁴⁷⁵ MARTIN JR., Waldo E. *Brown v. Board of Education – A Brief history with documents*. Bedford and St. Martins’s, 1. ed., 1998. 272p; TUSHNET, Mark. Some Legacies of Brown v. Board of Education. *Virginia Law Review*, vol. 90, p. 1693-1720. 2004;

⁴⁷⁶ Período que caracteriza a Presidência da Suprema Corte Americana exercida por Warl Warren (1953-1969).

⁴⁷⁷ FISS, Owen. A life Lived Twice. *Yale Law Journal*. vol. 100. 5 ed. 1991. pag. 1118.

⁴⁷⁸ FISS, Owen. *The Civil Rights Injunction*. Addison Harris Lecture, Indiana, 7, 1978.

⁴⁷⁹ “This model [...] 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 the process through which judicial power is exercised”. Owen, Fiss. *The Law as it could be*. New York: New York University Press, 2003. p.51.

⁴⁸⁰ Para conhecer a íntegra do Código Processual Americano: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/>

⁴⁸¹ FISCHER. JAMES M. *Understanding Remedies*. Ed. LexisNexis. 3 ed., 2014. 1088 pags.

⁴⁸² ZANETI JR., Hermes. O Valor vinculante dos precedentes. 4. ed., ampl. atual. Ed. Juspodvm. 2009.

do FRCP, que não realiza qualquer distinção entre *law* e *equity* para aplicação do direito pelos Tribunais de *common law*, que podem se utilizar de ambas ferramentas de reparação⁴⁸³.

Equity refere-se a um sistema de tratamento dos conflitos desenvolvido na Inglaterra medieval, que se realizou em paralelo à implementação e desenvolvimento dos Tribunais Reais de *common law*. Isso permitiu coexistir, no sistema judiciário, a solução de conflitos por meio do *Common Law* e, ainda, por meio de outro sistema real, no qual as partes tinham a chance de buscar o julgamento de equidade do Rei, por meio do *Lord Chancellor*, que realizava diversos julgamentos de proporcionalidade cujo parâmetro não se limitava à aplicação do direito comum, mas seguia juízos de equidade seculares realizados pela Monarquia⁴⁸⁴.

Atualmente, encontram-se disponíveis diversas formas de sanções previstas no FRCP (*Compensatory remedies, Preventive remedies, Declaratory remedies, Restitutionary remedies, Punitive remedies, Ancillary remedies*)⁴⁸⁵, se ainda assim, elas não forem suficientes para restaurar o estado natural da vítima, as normas de equidades podem ser aplicadas⁴⁸⁶, sendo as *structural injunctions*⁴⁸⁷ uma forma inovadora de proferir sanções para reestruturação de instituições em litígios complexos, porque se utiliza dessas medidas de equidade (*equity*) em combinação com os remédios postos à disposição pelo direito (*law*)⁴⁸⁸.

Desse modo, o Processo judicial americano, quando reconhece o caráter complexo de determinado litígio, pode se utilizar de decisões estruturais como forma de sanção, reparação e implementação dos objetivos delineados sem sentença.

Não obstante, permanece a existência de outras situações que envolvam litígios complexos, mas que não demandam reformas estruturais, o que justifica o tratamento da jurisdição fornecido em um Processo Judicial Complexo (*complex litigation*), ainda que ele não

⁴⁸³ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, p. 07, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

⁴⁸⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Ed. Martins Fontes. 5. Ed. São Paulo, 2014. p. 301 e ss.

⁴⁸⁵ FISCHER, JAMES M. *Understanding Remedies*. Ed. LexisNexis. 3 ed., 2014. 1088 pags.

⁴⁸⁶ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, p. 199-200, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

⁴⁸⁷ FISS, Owen. *The Civil Rights Injunction*. *Indiana University-Bloomington School of Law*. Coleção Adison Harris Lecture. vol. 7, 1978. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=harris>.

⁴⁸⁸ MAITLAND, F.W. *Equity also the forms of action at common law: two courses of lectures*. Cambridge: Cambridge University Press, 1910.

necessite de sanções (*remedy*) de caráter estrutural, conforme abordado no início deste capítulo⁴⁸⁹.

Podemos indicar situações em que a abordagem tradicional conferida pelas regras do procedimento indicado pelo ordenamento, cria sérios e, às vezes, defeituosos problemas de adequação sobre as necessidades de proteção do direito material, demonstrando-se insuficientes em situações de composição das partes, controle da representação em *class actions*, jurisdição, competência, julgamentos repetitivos, resolução de questões de direito complexas⁴⁹⁰, dentre outros. Pode-se então, sugerir que nos EUA, a compreensão de processo judicial complexo refere-se a gênero para o tratamento de conflitos cujos procedimentos ordinários disponíveis no sistema jurídico são inadequados, sendo o processo estrutural espécie deste tipo de tutela genérica.

O caso *Mosley v. General Motors Corp.*⁴⁹¹ é revelador para demonstrar esse tratamento. O caso discutiu matéria processual relacionada à *Rule 20* do *FRCP*, a qual regula a reunião de terceiros que possuem processos tramitando na esfera judicial, em um julgamento único. Dez indivíduos representavam toda uma classe de sujeitos engajados contra a *General Motors Corporation*, numa acusação de discriminação por raça e sexo. Ocorre que outras ações individuais tramitavam em paralelo na esfera federal e, quando as partes dessas ações individuais verificaram a existência de uma *class action*, requereram o ingresso na ação coletiva, com base na previsão da *Rule 20*⁴⁹².

A Corte lidou com o problema, no contexto de uma ação coletiva, que representava controvérsia mais ampla. Em sua análise, precisou decidir se terceiros que não fizeram parte do processo, poderiam ingressar na ação em curso e sofrer os efeitos oriundos da decisão.

⁴⁸⁹ Veja mais exemplos em: <https://www.ncsc.org/Topics/Civil/Complex-Litigation/Resource-Guide.aspx>. Acesso dia 23 de abril de 2019.

⁴⁹⁰ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, p. 10, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco. p. 10.

⁴⁹¹ *497 F.2d 1330 (8th Cir. 1974)*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/497/1330/220662/>. Acesso em: 10 de março de 2019.

⁴⁹² “Rule 20 – permissive joinder of parties - (a) persons who may join or be joined. (1) *plaintiffs*. persons may join in one action as plaintiffs if: (a) they assert any right to relief jointly, severally, or in the alternative with respect to or arising out of the same transaction, occurrence, or series of transactions or occurrences; and (b) any question of law or fact common to all plaintiffs will arise in the action. (2) *defendants*. persons—as well as a vessel, cargo, or other property subject to admiralty process in rem—may be joined in one action as defendants if: (a) any right to relief is asserted against them jointly, severally, or in the alternative with respect to or arising out of the same transaction, occurrence, or series of transactions or occurrences; and (b) any question of law or fact common to all defendants will arise in the action”. disponível em: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-20-permissive-joinder-of-parties/> . acesso dia 23 de março de 2019.

Deve-se ressaltar que a agregação de litígios e os efeitos *opt-in*, nos EUA, são ampliativos, bastando que as ações que tramitam individualmente reivindicuem direitos decorrentes de uma mesma situação e que elas tenham questão de fato ou de direito comum a todos demandantes⁴⁹³.

No entanto, na decisão em exame, houve a dificuldade em determinar o conteúdo da “regra 20” do FRCP, que prevê a reunião, nos casos em que exista uma “mesma situação” (*same transaction, occurrence, or series of transactions or occurrences*) em que as partes possuam uma questão de fato ou de direito comum. Se verificou que os sujeitos não possuíam advogados comuns, os advogados dos réus, nos diferentes distritos não eram os mesmos, os empregados que ingressaram com as ações não trabalharam juntos no mesmo local e o tipo de injúria que sofreram fora praticada em modo e intensidade diferente (alguns casos tratavam sobre racismo, outros de assédio moral e ainda sexual). Nesse contexto, era preciso decidir qual Corte local (juiz) era competente para tratar do assunto, quais questões de fato eram comuns e se o grupo tinha comunhão para tratamento unitário, de modo a ser aplicada a previsão da *Rule 20*.

A Corte de Apelação para o Oitavo circuito (8.Cir.) decidiu, por meio de sua *opinion*, que a regra 20 (*Rule 20*) apenas seria apropriada, quando cada parte que pretendia se unir a uma mesma ação, efetivamente estivesse buscando a tutela judicial com o mesmo objeto. Ademais, as reivindicações deveriam conter a mesma questão de fato ou de direito. Por isso, acabou indeferindo o pedido de reunião processual. Para a Corte, como as injúrias eram distintas, os advogados diversos, as partes moradoras de distritos diversos e não havia um interesse comum quando do ingresso das ações, não caberia a aplicação da previsão normativa para o caso.

A decisão, que tratou da complexidade envolvendo a agregação de terceiros em ações que já tramitam, ilustrou a existência de um processo judicial complexo, mas que não demandou, em seu mérito, um tratamento estrutural, corroborando que se trata de um gênero amplo de adjudicação nos Estados Unidos.

Ainda sobre o modelo de tratamento de conflitos coletivos nos EUA, verifica-se possível existir situações em que a *class action* impõe a todos os sujeitos que compõem o grupo, os

⁴⁹³ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, p. 70 e ss, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

efeitos da decisão judicial, ainda que alguns não tenham ciência da tramitação de um processo coletivo cujos efeitos possam incidir contra si (*nonparty*)⁴⁹⁴ ou não possuam ações individuais tramitando na justiça⁴⁹⁵.

Em razão disso, a Corte deve verificar as consequências sobre o alcance de decisões em ações coletivas, visando proteger os terceiros que não compõem a ação coletiva, ou ainda que não interpuseram nenhum tipo de ação judicial, denominados de *nonparties* (nos EUA, as ações coletivas atingem a todos os envolvidos na controvérsia, com exceção dos casos de exclusão em que a parte ativamente se manifesta pela sua retirada *opt-out*), o que pode demandar um tratamento diferenciado em litígios complexos⁴⁹⁶.

Nessas situações, há um procedimento complexo a ser desenvolvido pela Corte, que necessita se comportar de forma mais ativa na gestão do caso, bem como criativa para analisar determinada questão de fato que não seja prevista expressamente pela *Rule*. Sua decisão não visará nenhuma mudança estrutural sobre o direito material das partes, mas uma definição sobre procedimento.

Dada as diferenças de processo civil, coletivo e procedimentos complexos entre os países, para que a recepção do instituto alienígena se demonstre adequada ao contexto nacional, importa considerar que, não obstante todo processo estruturante seja um processo judicial complexo, o alcance do que se compreende por este tratamento, nos EUA, não possui a mesma relação de processo judicial complexo que foi apresentada neste trabalho, que abordou apenas o aspecto de decisões estruturais.

Na compreensão de Edilson Vitorelli, todo litígio irradiado é complexo e sua forma de adjudicação não se relaciona necessariamente com o processo coletivo. Além disso, o litígio irradiado pode não ter caráter estrutural, embora todo litígio estrutural seja irradiado⁴⁹⁷. A compreensão de Vitorelli vai de encontro à perspectiva que compreende como irradiado o

⁴⁹⁴ BONE, Robert. Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion. *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, p. 193-293, 1992.

⁴⁹⁵ FISS, Owen. The Political theory of the Class Action. *Washington and Lee Law Review*, vol. 53. 1996. pags. 21-31.

⁴⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: Class Action, Ações associativas/Litígios agregados e o "Processo coletivo: modelo brasileiro". Porto Alegre: *Revista de Processos Coletivos*. v. 5, n. 4, p. 01-35, 2014.

⁴⁹⁷ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. vol. 284. p. 333-369, Out-2018.

litígio complexo, mas que nem todo processo judicial complexo necessita de uma ação estrutural.

O próprio autor afirma que a tipologia de litígio complexo que ele adota, dialóga com a terminologia americana, embora com sentido diverso, uma vez que ações coletivas nos EUA é gênero de *complex litigation*, compreendendo que complexos são os casos nos quais o sistema processual ordinário não funciona bem para solucionar a disputa, sem necessariamente demandar uma reforma estrutural⁴⁹⁸.

Por sua vez, o litígio é estrutural porque a violação atinge subgrupos diversos com intensidades e formas diferentes, por meio do funcionamento de determinada estrutura burocrática pública ou privada cujos danos que provoca em determinado/os grupo/os, demandam como solução a sua reestruturação, que pode ocorrer de diversos modos, e que, quando ocorre pela via do Poder Judiciário, se realiza por meio de um processo estrutural⁴⁹⁹.

Relacionando a definição de casos complexos de Tidmarsh e Trangsrud⁵⁰⁰ com a compreensão de Vitorelli⁵⁰¹, teremos muito mais semelhanças com a nova forma de litigação civil desenvolvida por Abram Chayes⁵⁰², do que qualquer outra perspectiva, o que demonstra proximidade de tratamento, mas não indica se tratarem de conceitos sinônimos, especialmente porque um processo judicial complexo, no contexto americano, pode não demandar o tipo de sanção judicial que realmente diferencia um processo estrutural, que é a carga estrutural das decisões, ainda que possua o mesmo padrão decisório.

Tidmarsh e Trangsrud afirmam que um dos mais relevantes aspectos do sistema adversarial americano é o “*Rightful Position Principle*”⁵⁰³, que pode ser traduzido como uma compreensão de que a única coisa que a Corte pode fazer pelos autores é impor uma sanção

⁴⁹⁸ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 24. nt. de rodapé n. 19. 2016.

⁴⁹⁹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério. Op., Cit., Out-2018.

⁵⁰⁰ “Processo judicial civil complexo é aquele em que os casos não são resolvidos por meio de procedimentos ordinários estabelecidos pelo sistema jurídico para solução da disputa”. In: TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, p. 23, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

⁵⁰¹ “Litígios complexos são litígios que não se enquadram na estrutura de processo tradicional, possuem inúmeros centros de interesses e/ou violações subsidiárias problemáticas”. In: VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. vol. 284. p. 333-369, Out-2018.

⁵⁰² CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. v. 89, n. 7, mai-1976.

⁵⁰³ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, p. 271, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

ao transgressor. Por sua vez, no sistema de *commow law*, tais sanções podem ser agrupadas basicamente em torno de *Damages (indenização pecuniária)* e *Injunctions (ordens de fazer ou não-fazer*⁵⁰⁴).

Ocorre que, por força da autonomia privada, no sistema adversarial clássico, as sanções (*remedy*), bem como suas consequências, somente podem produzir efeitos na exata e precisa medida em que restauram a posição original, que a vítima possuía antes de sofrer um dano. Não sendo isso possível, os limites da consequência de uma decisão judicial resvalam ao pagamento do prejuízo⁵⁰⁵. O reconhecimento de que existam situações em que a sanção tradicional prevista naquele sistema não consegue atingir seu desiderato, exatamente porque a Corte não consegue responder como vai fazer, quando fará e como irá simultaneamente proteger a vítima e responsabilizar o transgressor⁵⁰⁶, sem desrespeitar o princípio da posição original que limita o alcance da autoridade judicial, parece indicar a necessidade de alteração do padrão da sanção judicial a ser imposta.

Se tais situações, no contexto americano, abarcam o uso de um processo judicial complexo, porque, em termos de sanção judicial, não é possível determinar facilmente a posição original do grupo para ser restaurada, ou o sendo, por qual meio ou condição irá ocorrer, podemos então compreender que processos complexos também abarcam, entre suas formas de complexidade, o modo como a sentença irá se estruturar e suas formas de reparação naquelas situações em que o litígio demandar decisões complexas, como no caso estrutural.

No contexto das primeiras decisões estruturais proferidas pelas Cortes Americanas⁵⁰⁷ verifica-se que diversas foram as sentenças proferidas pelos Tribunais Americanos, que passaram a afastar o “*Rightful Position Principle*” em sua compreensão tradicional, porque as sentenças judiciais proferidas visavam a estruturar comportamentos institucionais que não limitavam o padrão decisório a restaurar apenas a situação da vítima. Na realidade, as consequências da decisão eram verificadas na fase pré-decisão, durante e após a sentença proferida⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ FISCHER, JAMES M. *Understanding Remedies*. Ed. LexisNexis, 2014. 3 ed. 1088 pags.

⁵⁰⁵ FULLER, Lon. L. *The Form and Limits of Adjudication*, *Harvard Law Review*, vol. 92. pags. 353-409. 1978.

⁵⁰⁶ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, pag. 271 e ss, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

⁵⁰⁷ MARTIN JR., Waldo E. *Brown v. Board of Education – A Brief history with documents*. Bedford and St. Martins's, 1. ed., 1998.

⁵⁰⁸ CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. *Harvard Law Review*. vol. 89, n. 7, mai-1976.

Quando se compreende que os estudos posteriores, visaram sistematizar o que se compreende por processo judicial complexo, eles consideraram que a alteração do padrão decisório é uma variável para indicar a complexidade do processo⁵⁰⁹, sendo impossível não perceber que a sistematização oferecida, se desenvolve em continuidade à mudança paradigmática trazida pelo conceito de processo judicial de interesse público, de Abram Chayes (*Public Law Litigation*)⁵¹⁰.

Verifica-se, ainda, que Tidmarsh e Transgrud não apenas consideram o impacto da obra de Chayes, como relacionam com os argumentos que estabelecem para identificar um processo judicial para litígios complexos, afirmando que o conceito cunhado (*Public Law Litigation*), tem o objetivo de trazer um novo paradigma, em razão do colapso do modelo tradicional de adjudicação civil privada, que exigia a conexão direta entre direito e sanção⁵¹¹.

Esse novo paradigma, apresentado por Chayes, veio a possibilitar grandes reformas institucionais por meio inicialmente das sentenças para desagregação racial, revisão de condições desumanas em prisões, ou contra fraudes econômicas. Nesse novo paradigma, o direito violado não necessariamente determina o escopo e a natureza da sanção que se pretende aplicar a casos complexos, de modo que ela própria se encontra sujeita ao diálogo e negociação com as partes para superar o contexto de violação⁵¹².

Abram Chayes não apenas demonstrou a inadequação do *Rightful Position Principle*” à realidade dos casos complexos, como também sustentou alterações impostas ao paradigma adversarial tradicional, em prol de uma tutela justa e apropriada para um procedimento legítimo ao caso. Desse modo, indicou que o processo estrutural está relacionado, entre outros fatores, ao modo de implementar uma decisão por meio de reformas institucionais que visem a superar o estado inconstitucional de violações sistemáticas num contexto policêntrico e amorfo de sujeitos.

Nessa linha de raciocínio, pode-se concluir que o processo estrutural, a partir das premissas adotadas neste trabalho, é um procedimento judicial complexo, para solucionar litígios

⁵⁰⁹ TIDMARSH, Jay., TRANSGRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, p. 272, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco.

⁵¹⁰ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. vol. 89, n. 7, mai-1976.

⁵¹¹ “[...]the right-remedy connection, and the private worldview underlying it, had collapsed in favor of a new paradigm”. In: TIDMARSH, Jay., TRANSGRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. Foundation Press, p.272, 2002. https://scholarship.law.nd.edu/law_books/23.anco. p. 272.

⁵¹² Ibidem., Op., Cit., p. 272, 2002.

complexos, cuja complexidade da sanção é seu principal elemento diferenciador, mas que possui outros aspectos relevantes, tais como a necessidade de empreender mecanismos relevantes para o gerenciamento de procedimentos que permitam conferir a tutela adequada em demandas estruturantes⁵¹³. Por sua vez, a identificação desta complexidade, se inicia com a identificação das características de interesses das partes, da intensidade e do modo como a lesão atinge os atingidos, bem como sobre quais formas seriam suficientes para se implementar a sanção.

Nesse caso, se tratando o processo estruturante de um procedimento judicial complexo, também convive ele, durante todas suas etapas de implementação, com o dilema constante de escolha de valores sobre a restrição de autonomia individual dos sujeitos que são partes processuais e a proteção de garantias de interesse público nas violações coletivas que se pretende julgar. Esse dilema passa a se resolver por meio de um constante balanceamento argumentativo para sustentar juridicamente as condições de realização do direito material indicadas para o caso.

Para que tais restrições não ocorram de maneira açodada, sem uma perspectiva dialógica, em contraditório, cooperação e controle de discricionariedade dos atos pelas partes, relevante ainda demonstrar a sugestão de divisão sistemática do procedimento, que foi exposta por Jay Tidmarsh e Roger H. Trangsrud como consistente ao método de resolução de conflitos em casos complexos, dividindo-o em quatro fases⁵¹⁴.

A primeira fase é chamada de Estrutural (*Structural phase*), e se refere a uma etapa estratégica (*Strategic behavior*) das partes, o protocolo de intenções para continuidade do julgamento, isto é, a fase que determina quem serão os participantes da ação judicial (membros do grupo, efeitos sobre os ausentes, etc), de quem é a jurisdição para adjudicar a controvérsia, quais serão os argumentos de fato e de direito utilizados, quais as reivindicações que serão motivos de apreciação judicial e como se dará a gestão do caso pela Corte⁵¹⁵.

A segunda fase é chamada de fase de pré-julgamento (*Pretrial phase*), e se refere à etapa que antecede o julgamento de mérito, em que as partes delimitam as questões de fato e de direito

⁵¹³MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. *Revista de Processo*, vol. 289. p. 423-448. 2019.

⁵¹⁴ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation*. Op., Cit., p. 09, 2002.

⁵¹⁵ TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation*. Op., Cit., 2002.

que julgam relevantes, com o auxílio do juiz, assim como as provas produzidas e os documentos existentes, que são entregues a todos os envolvidos (*players*) para avaliarem seu risco antes do julgamento definitivo do caso e, porventura, transacionarem um acordo.

A terceira fase é chamada de fase de julgamento (*Trial phase*) e se refere à etapa em que todas as questões de direitos e pedidos, reivindicados pelas partes, são realmente determinados, por meio da delimitação da causa de pedir e dos pedidos na sentença estrutural, bem como pelo conhecimento de quais serão as consequências da sanção proferida, para cada uma das partes e demais envolvidos. Por último, temos a quarta fase, chamada sancionatória (*Remedy phase*), na qual a tutela assecuratória do direito é definida, juntamente com a declaração de procedência ou improcedência do direito de cada parte e a forma como a Corte pretende implementar sua decisão.

O desenrolar paulatino da sanção judicial, por meio de cada uma dessas etapas, permite à sociedade, às partes formais, e aos ausentes, o controle de cada momento processual, estabelecido passo-a-passo, de modo que as garantias processuais, apresentadas no capítulo 3, devam ser aplicadas em cada uma dessas fases e sempre que as partes envolvidas se depararem com um desafio processual a ser superado, a fim de equilibrar os limites impostos ao dilema dos litígios complexos.

4.1.3 - O uso da proporcionalidade enquanto critério geral de interpretação (*decisionmaker*) em uma sanção estruturante

Na seção anterior, se identificou que processos estruturais, por fazerem parte de uma litigação complexa, se desenvolvem por meio de uma tensão permanente entre a restrição de autonomia individual dos sujeitos que são partes processuais e a proteção de garantias de interesse público nas violações coletivas que se pretende julgar.

Demonstrou-se, ainda, no Capítulo 03, que essas restrições devem ser indicadas e ponderadas por meio de forte ônus que vise a sustentar juridicamente as condições de realização do direito material indicadas para o caso, mas que não se adequam ao modelo tradicional disposto no ordenamento, se tratando de colisões que visam proteger direitos fundamentais.

Considerando que restrições ao devido processo legal surgirão ao longo do procedimento, e que o balanceamento entre princípios ou regras que colidam com direitos fundamentais é o

único meio disposto ao juiz para superar limitações legislativas que entrem a realização do direito material, indaga-se, no contexto brasileiro, qual seria o critério geral de interpretação adequado à nossa tradição.

Sérgio Cruz Arenhart indica que são dois os princípios gerais da interpretação e da decisão judicial que devem circundar toda a discussão que estabelece uma decisão estruturante na jurisdição constitucional brasileira: subsidiariedade e proporcionalidade⁵¹⁶.

Por via de consequência, para o autor, decisões estruturantes devem ser encaradas como uma exceção pragmática ao regime tradicional de separação de poderes e de processo, justificada pela necessidade de adjudicar direitos, em sede constitucional, que envolvam litígios complexos. Desse modo, seu uso pelas Cortes deve ocorrer de maneira moderada, compreendido de forma subsidiária e não enquanto regra de aplicação em todos os casos.

Por sua vez, o critério da subsidiariedade indica que ele não deve ser a regra, mas utilizado tão somente quando o procedimento tradicional se mostra insuficiente para adjudicar problemas complexos que se colocam à tutela judicial.

Assim, se buscam provimentos dessa natureza, apenas, quando os mecanismos políticos ordinários falharem de forma reiterada para resolver problemas institucionais por via diversa do judiciário, quando eles se encontrarem atrofiados, ou não houver, entre as partes, espaço de confiança e transparência sobre procedimentos que possam lidar adequadamente com o problema pela via extrajudicial, sendo então a via jurisdicional mecanismo de garantia aos compromissos constitucionais, quando provocada⁵¹⁷.

Ao defender que decisões estruturantes devem guardar proporcionalidade, quando realizarem restrições de direitos ou flexibilização de procedimentos, Arenhart espera que a autoridade da Corte seja limitada por sua própria atuação, isto é, por mais complexa que seja a tutela de direitos perseguida, a decisão judicial deve guardar consonância com as garantias e limites constitucionais, uma vez que a defesa de direitos não justifica autoritarismos e discricionariedades da Corte.

⁵¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 38, v. 225. 2013.

⁵¹⁷ *Ibidem*, 2013.

Além disso, obrigações emanadas pela Corte devem ser exequíveis, no tempo e modo determinado, para que se possa garantir sua autoridade, mas seu exercício em processos estruturais se justifica por meio de forte ônus argumentativo, com a exposição dos motivos que ensejaram na escolha de prioridade entre os valores constitucionais em conflito, de modo a aproveitá-los em máxima potencialidade⁵¹⁸. O juiz deve ponderar sobre as consequências do seu provimento, e sobre o modo como restrições de direitos fundamentais entrarão em colisão⁵¹⁹.

Ada Pellegrini Grinover⁵²⁰ também compreendeu a proporcionalidade como meio hermenêutico adequado para se realizarem determinados ajustes no procedimento, de modo a equilibrar os processos estruturantes com a ordem constitucional. Nesse sentido, parece haver certa comunhão de perspectiva, entre Arenhart e Grinover, quando afirmam como razoável a exigência do critério da proporcionalidade como meio de se resolver a colisão de direitos fundamentais em jogo, em especial na flexibilização de mecanismos processuais, em uso aproximado à teoria da proporcionalidade desenvolvida por Robert Alex⁵²¹.

Grinover, indica o uso da proporcionalidade para o controle de políticas públicas, afirmando que nas tutelas de interesse público, ela baliza os limites “entre razoável ou não razoável que, em termos jurídicos, possam ser alcançados”. A razoabilidade integraria a proporcionalidade estrita, pois a ponderação entre os valores deve ser balizada pela razoabilidade, entendida como o bom senso, o equilíbrio e a racionalidade⁵²².

Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna acreditam que, no contexto de um processo estrutural, os reajustes nas ferramentas disponíveis para tutelar, com máxima eficiência, o direito material envolvido na disputa, indicam que sacrifícios funcionais ou estruturais são necessários. Para que isso ocorra, a argumentação deve possuir uma racionalidade capaz de recompor o modelo tradicional de processo civil, reconhecendo sua insuficiência e observando que a interpretação dos Tribunais deve se modificar e que tal alteração não é

⁵¹⁸ FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Traducción de: Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007. pag. 22.

⁵¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais – Para além da proteção de interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37-85.

⁵²⁰ GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. Projeto de Lei n. 8058/2014 – Considerações gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

⁵²¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

⁵²² GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 434.

possível de se obter por meio de ideias jurídicas ortodoxas. Nesse caso, acreditam que a proporcionalidade pode ser uma ferramenta “pan-processual” que contribua para a eficácia da adjudicação⁵²³.

Contudo, o uso do princípio da ponderação, em direitos fundamentais, não é unânime, e padece de forte crítica entre teóricos morais, em especial, os teóricos reconhecidamente liberais. Estes compreendem que a estrutura social adequada ao direito seria firmada por meio de um contrato kantiano puro, o que, por sua vez, impossibilita a adequação do contexto ao conteúdo universal previamente estabelecido.

Filósofos morais que se opõem à proporcionalidade cunhada por Robert Alexy, afirmam que a ponderação de direitos seria algo inviável, porque direitos fundamentais possuem dimensões de valores absolutos⁵²⁴, trunfos que não podem ser relativizados⁵²⁵, ou porque a ordem desses direitos fundamentais se encontra pré-determinada, de modo a priorizar a inalterabilidade da primazia da liberdade sobre a igualdade⁵²⁶.

Em sentido universalista, Jungër Habermas também critica a possibilidade de uso pragmático, ou estratégico, de direitos fundamentais, em detrimento de outros de mesma ordem, ainda que em sentido contraposto, pois isso retiraria a força, ou a primazia normativa, conferida a sua validade universal⁵²⁷. Stavros Tsakyrakis também aponta críticas ao uso da proporcionalidade, ao afirmar que realizar tal prática significaria definir o conceito moral de certo e errado, de acordo com a conveniência do momento⁵²⁸.

⁵²³ “In other words, there is a context that requires law scholars to readjust their tools for the discipline to reach its maximum effectiveness – realising that functionalistic or structural sacrifices must necessarily be made. There is a new challenge, requiring a rationality capable of recomposing the classical ideas related to civil procedure, recognising their insufficiency and observing that their interpretation by the courts cannot remain the same (and, moreover, cannot be built with orthodox juridical ideas). Here is where, proportionality arrives as a tool that can probably contribute to effectiveness of adjudication, offering a „pan-procedural“ dimension that is rare in the Brazilian system” In: ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, Proportionality and the 'Pan-Procedural' Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation. *International Journal of Procedural Law*, vol. 4. p. 11, 2014. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2779681>

⁵²⁴ NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

⁵²⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 18. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

⁵²⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁵²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flavio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 318.

⁵²⁸ TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault to human rights? New York: *International Justice Constitutional Law*, v. 7, n. 3. p. 468-493, 2009.

Inobstante no campo da filosofia a existência de tais críticas, em âmbito processual, Sergio Cruz Arenhart⁵²⁹ toma como baliza no Brasil, dois critérios processuais – subsidiariedade (art. 15 do CPC) e proporcionalidade (art. 8º do CPC) para uso de processos estruturantes, dialogando com perspectiva de Robert Alexy e suas teorias sobre direitos fundamentais e argumentação jurídica, utilizando, ainda, também da obra de Humberto Ávila⁵³⁰ enquanto referência nacional.

Ademais, em que pese o princípio da proporcionalidade não se encontrar expresso na Constituição Federal Brasileira, isso não impede seu reconhecimento, nos termos do que prevê o artigo 5º, § 2º, da CFRB. Posto que ainda não explícito no texto da carta magna, princípios decorrentes de sua concepção e regime devem ser reconhecidos e respeitados. Além disso, seu uso se encontra, reiteradamente, perseguido em julgamentos e por advogados, ainda que, em diversos momentos, não haja uma unanimidade de aplicação. Desse modo, em razão de sua aplicação por meio de julgamentos reiterados pelo Supremo Tribunal Federal⁵³¹, essa técnica hermenêutica será empregada no contexto de ponderação das ordens emitidas pelo Judiciário em Processos Estruturantes⁵³².

Compreendido o uso de processos estruturantes enquanto exceção e aplicação subsidiária ao processo tradicional, e, ainda, adotada a utilização da regra da proporcionalidade no raciocínio hermenêutico da decisão judicial (*decisionmaking*), adequamos a adjudicação de valores constitucionais em litígios complexos a um médium razoável para o seu uso. O uso da proporcionalidade contribui, inclusive, enquanto salvaguarda hermenêutica à discricionariedade judicial, reforçando a legitimidade democrática na aplicação de processos

⁵²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais – Para além da proteção de interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 37-85.

⁵³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição a aplicação de princípios jurídicos*. 4.ed. rev. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁵³¹ ADC 41, rel. min. Roberto Barroso, j. 8-6-2017, P, *DJE* de 17-8-2017.] *Vide ainda*: *ADPF 186*, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 26-4-2012, P, *DJE* de 20-10-2014; *RE 597.285*, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 9-5-2012, P, *DJE* de 18-3-2014, Tema 203; *ADPF 54*, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 12-4-2012, P, *DJE* de 30-4-2013; *HC 84.025*, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 4-3-2004, P, *DJ* de 25-6-2004; *HC 124.306*, rel. min. Roberto Barroso, j. 9-8-2016, 1ª T, *DJE* de 17-3-2017; *HC 104.410*, rel. min. Gilmar Mendes, j. 6-3-2012, 2ª T, *DJE* de 27-3-2012; *ADI 5.136 MC*, rel. min. Gilmar Mendes, j. 1º-7-2014, P, *DJE* de 30-10-2014; *ADPF 130*, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, *DJE* de 6-11-2009; *ADI 4.451*, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2018, P, *Informativo 907*.

⁵³² Para panorama sobre argumentação jurídica e técnicas de proporcionalidade na decisão judicial: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2003; *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006; MÖLLER, Kai. Proportionality: Challenging the critics. *International Justice Constitutional Law*, v. 10, n. 3. 2012, p. 709-731; Balancing and the structure of constitutional rights. *International Justice Constitutional Law*, v. 5, n. 3. 2007, p. 453-468; Em sentido contrário a Alexy: TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault to human rights? *International Justice Constitutional Law*, v. 7, n. 3. 2009, p. 468-493.

estruturantes⁵³³, que também devem observar o núcleo processual do devido processo legal coletivo abordado no capítulo anterior.

O ordenamento jurídico se desenvolve sobre a unidade da Constituição que, na contemporaneidade, assume formas de interpretação que combinam a vontade da maioria popular com a proteção de certas minorias e valores, através de um amplo leque de direitos fundamentais, individuais e coletivos, que passam a ser passíveis de judicialização⁵³⁴.

A tradição jurídica híbrida do Brasil e a prática de *judicial review*, exercida desde a Monarquia, estabeleceram, no Poder Judiciário, espaço privilegiado para debates públicos⁵³⁵ que atualmente, no exercício da democracia participativa, não se refere ao único, ou o melhor mecanismo de solução de conflitos, mas que, se utilizado, pode contribuir na resolução de litígios estruturais, desde que o devido processo legal coletivo e os limites da proporcionalidade, na interpretação de direitos e da subsidiariedade do uso dos procedimentos estruturais, sejam observados.

Em litígios complexos, o processo estruturante se insere como prática de exceção (subsidiariedade), que leva o Judiciário a empreender certa postura mais ativa na concretização de valores da Constituição, visando à tutela justa, adequada e tempestiva do direito levado à juízo (proporcionalidade). Esse exercício se estabelece por intermédio de certas salvaguardas processuais, garantida a participação efetiva no processo (contraditório)⁵³⁶, a inserção dos ausentes e o controle adequado da representação, representada pela cláusula do devido processo legal⁵³⁷.

Sabe-se que o uso de processos estruturantes pode despertar críticas quanto à falta de legitimidade democrática do Judiciário para atuar em assuntos que extrapolem suas características tradicionais, conforme já exposto no segundo capítulo. Contudo, o processualista deve ser capaz de reconhecer que, sendo direitos públicos passíveis de adjudicação, no formato constitucional nacional, verificando-se a falibilidade do modelo de

⁵³³ TUSHNET, Mark V. “Sir, Yes, Dir!”: The Courts, Congress and Structural Injunctions. *Georgetown Law Faculty Publications*, 20 ed. Constitutional Commentaries. p. 189-203, 2003.

⁵³⁴ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 12a ed. Salvador: Juspodivm, 2018; *A constitucionalização do processo - O modelo constitucional de Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. Ver., amp., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵³⁵ *Ibidem.*, Op., Cit., 2014.

⁵³⁶ ALVARO. Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no confronto com o formalismo excessivo, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 31, n. 137, p. 7-32, 2006.

⁵³⁷ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

adjudicação civil tradicional, o operador pode reconhecer haver caminhos melhores para se realizarem coisas semelhantes, de modo que, de tempos em tempos, maneiras interessantes e criativas de fazer coisas novas surgirão e que, portanto, o direito deve se abrir a tais possibilidades⁵³⁸.

Conforme asseverado nos Capítulos 02 e 03, não serão aprofundadas, nesta dissertação, discussões sobre a legitimidade democrática do judiciário; revisão da divisão tradicional dos poderes; limites constitucionais para intervenção e controle em políticas públicas e a efetivação de direitos fundamentais, inclusive, em âmbito de instituições privadas. Adotar-se-á a perspectiva, já levantada em capítulo, de que o STF reconheceu tais discussões do ponto de vista jurisprudencial, seja pelo controle de políticas públicas (ADPF 45-9⁵³⁹), seja para adjudicação de direitos fundamentais (recurso extraordinário nº 201.819⁵⁴⁰ e Mandado de Segurança nº 24.831⁵⁴¹).

Reconhecido que o Judiciário pode atuar para a adjudicação de direitos fundamentais em problemas complexos, provocados por comportamentos generalizados de instituições violadoras em processos estruturantes, uma interpretação hermenêutica razoável para a colisão de conflitos que possam surgir entre princípios ou normas, refere-se ao uso da proporcionalidade, compreendida na atividade subsidiária que o processo estrutural exerce sobre o procedimento tradicional.

Ao seu turno, compreende-se que o processo estruturante é (1) uma prática de exceção em face dos procedimentos ordinários de litigação civil, que impõe postura equilibrada da Corte para que seu uso não seja banalizado, ou indiscriminado. Ademais, caso necessário o uso de um processo estruturante para adjudicar direitos em litígios complexos, a Corte deve utilizar

⁵³⁸ ANDREWS, Neil. *O moderno Processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Ed. Revista dos Tribunais, 2. Ed., 2012, 572 p.

⁵³⁹ Decisão integral disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>, acesso em 20 de outubro de 2018.

⁵⁴⁰ “Os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas poderes públicos, pois também estão direcionados à proteção dos particulares em face dos poderes privados. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Sendo assim, o espaço de autonomia privada conferido às associações está limitado pela observância aos princípios e direitos fundamentais inscritos na Constituição”. Acesso em 20 de outubro de 2018, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>

⁵⁴¹ “O Poder Judiciário, quando intervém para garantir as franquias constitucionais e assegurar a integridade e supremacia da Constituição, desempenha legitimamente os deveres que lhe foram fixados pela Constituição, mesmo que sua ação institucional se projete ao domínio orgânico do Poder Legislativo”. Acesso em 20 de outubro de 2018, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>

(2) as técnicas de proporcionalidade nas ponderações jurídicas que realiza, na exata proporção em que as restrições sejam suficientes para a implementação justificada de suas decisões.

Por fim, em cotejo com o núcleo processual mencionado no capítulo anterior, por caminhar em terrenos desconhecidos, a proporcionalidade deve levar em consideração aspectos relacionados à participação dos ausentes, atuação cooperada das partes e colaboração de objetivos, enquanto mecanismos de divisão de responsabilidades, na adequação de um devido processo legal coletivo aos critérios de colisão de princípios ou normas.

Esse método multifacetado para lidar com o litígio, permite ao processo estruturante o acoplamento entre hermenêutica e técnica processual em perspectiva circular. Todos os remédios disponíveis para a tutela adequada de direitos, se razoáveis, ampliam as possibilidades de concretude e efetividade da tutela pretendida. Contudo, seu uso deve observar a imposição de certas garantias e salvaguardas a fim de preservar a constitucionalidade das soluções que se pretenda alcançar.

4.2. Processo estruturante e a tutela coletiva de direitos no Brasil

A concepção tradicional de processo coletivo o compreende, como procedimento disponível, a tutela de três categorias de direitos: os direitos individuais homogêneos, os direitos difusos e os direitos coletivos. Dessa classificação partem incontáveis autores,⁵⁴² sendo exceção as abordagens sobre o uso de um processo coletivo, alheias e/ou críticas a essas categorias.⁵⁴³

O apego doutrinário a essa categorização de conceitos, que, se verificado o caso concreto, justifica o processo coletivo para tratamento dos conflitos, possui razão bastante clara: o momento em que ele extrapola os conceitos acadêmicos e passa a ser previsto em lei.

⁵⁴² Ver: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2007; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. *Revista de Processo*. v. 130, p. 131–153, 2005.

⁵⁴³ FONSECA, Juliana Pondé. *O (des)controle do Estado no judiciário brasileiro: direito e política em processo*. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

Cabe frisar que o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente essas categorias, bem como as conceitua no próprio texto de lei.⁵⁴⁴ Diante de sua generalizada aplicação, o operador em determinados momentos, pode simplesmente reproduzir os conceitos previstos em lei, sem grandes questionamentos acerca de sua pertinência ou conformação com a realidade e os objetivos de tutela do direito material.

Já foi apresentada, no Capítulo 02, a crítica de Edilson Vitorelli sobre os limites dessa classificação, que indica como relevante nesta contribuição, identificar quais são os direitos coletivos passíveis de se obter tutela judicial pela via da ação coletiva, mas que não previu procedimentos diversos que se adequassem à complexidade dos direitos que se visa a adjudicar⁵⁴⁵.

Também se asseverou, no Capítulo 01, que o desenvolvimento do processo coletivo e de tais conceitos abriu caminho para que se discutissem, em juízo, direitos constitucionalmente assegurados, tais como saúde, educação, higidez do meio ambiente, preservação do patrimônio histórico-cultural e outros direitos surgidos em uma sociedade de massa⁵⁴⁶. Para este momento, avançar na proteção desses direitos, indica compreensão sobre a totalidade litígio, e ainda, que o exercício da tutela jurisdicional abordará condições da vida social e o papel que organizações de grande porte desempenham na determinação dessas condições na realidade pública⁵⁴⁷.

Nesse caso, por se imiscuir nesta esfera, a doutrina nacional diverge quanto à suficiência do atual modelo de processos coletivos para recepcionar a tutela de litígios complexos, por meio de Processos Estruturantes, uma vez que o formato do procedimento ainda mantém premissas utilizadas para a tutela individual de direitos. Sérgio Arenhart afirma que, no atual modelo de processo brasileiro, “tanto demandas individuais, quanto o processo coletivo são insuficientes

⁵⁴⁴ CDC. 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.

⁵⁴⁵ VITORELLI, E. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁵⁴⁶ ABELHA, Marcelo Rodrigues. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 4. ed., 2016.

⁵⁴⁷ VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário*. Op. Cit., 2013.

para dar vazão às necessidades de uma discussão jurisdicional satisfatória de políticas públicas”⁵⁴⁸.

Hermes Zaneti Júnior, de modo diverso, acredita que o ordenamento brasileiro possui grau de completude, por meio da unidade da constituição, não sendo necessária a criação de novas leis para que o processo coletivo se viabilize, mas, primeiramente, uma mudança cultural⁵⁴⁹. Para o autor, o ordenamento dispõe de um paradoxo metodológico, que mantém vigente um processo constitucional idealizado no que tange à valorização da justiça, além da prevalência da ação sobre o direito (*the remedies precede rights*), e neste ponto, semelhante ao padrão constitucional oriundo do sistema *common law*, perpetuado desde a Constituição Republicana de 1891⁵⁵⁰. Por outro lado, também se mantém desenvolvido, no sistema infraconstitucional, um modelo de processo voltado à realização de direitos individuais e centrado na égide da autonomia individual e do direito privado, nas relações jurídicas, que possui traços do sistema *civil law*. Desse modo, experimenta-se naturalmente, o exercício de interação e adaptação do direito à realidade. Teria-se, portanto, certa tolerância com adequações e ajustes legais, quando necessários para tutelar direitos. Bastaria, então, que, no exercício judicial, se reforçasse a tutela de direitos, a partir do paradigma democrático, com centro gravitacional em torno da unidade da Constituição de 1988⁵⁵¹.

Diferentemente de Sérgio Arenhart, segundo o qual o ordenamento nacional ainda é limitado para tutelar, adequadamente, direitos coletivos⁵⁵², Hermes Zaneti Júnior reconhece que, eventualmente, inovações legislativas possam pacificar problemas doutrinários, mas independente da criação de leis, não haveria déficit dogmático no modelo brasileiro para amplificar o uso de procedimentos coletivos na garantia da tutela⁵⁵³.

Nessa linha de raciocínio, Zaneti identifica que eventuais lacunas legislativas poderiam ser superadas, quando, progressivamente, analisadas e esmiuçadas por meio do atual modelo de

⁵⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado-RPC*. v. 1, n. 2, p. 211-229, 2015. p. 213.

⁵⁴⁹ ZANETI JR, Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: ZANETI JR, Hermes. (Coord.). *Processo Coletivo (coleção repercussões no Novo CPC)* Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 26.47.

⁵⁵⁰ ZANETI JR, H. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. São Paulo: Ed. Atlas, v. 2, 2014.

⁵⁵¹ *Ibidem.*, 2014.

⁵⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais – Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. São Paulo: 2. Ed. *Revista dos Tribunais*, 2015, 37-85.

⁵⁵³ ZANETI JR, Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: ZANETI JR, Hermes. (Coord.). *Processo Coletivo. (coleção repercussões no Novo CPC)*, Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 26.47.

precedentes, imposto pelo novo CPC (arts. 927, 926 e 489, § 1, V e VI, CPC/2015). Essa postura torna-se uma técnica vinculante de integração de procedimentos oriundos de tradições distintas, no ordenamento brasileiro⁵⁵⁴. Poder-se-ia, ainda, estimular o ordenamento, para incorporar mecanismos de proteção coletiva de direitos que, eventualmente, já não possuam tratamento previsto, tomando-se como ponto de partida, para adequação, a unidade da Constituição e a interação com o microsistema de processo coletivo, por meio de diálogo das fontes com o Código de Processo Civil, sempre condicionado aos princípios da coerência e da integridade do ordenamento como um todo⁵⁵⁵.

Não obstante discussões que abordam insuficiências normativas do ordenamento para tratamento de conflitos coletivos, assim como ausência de suporte dogmático para uso de processos estruturantes, Arenhart⁵⁵⁶, Zaneti⁵⁵⁷ e Marco Felix Jobim⁵⁵⁸ identificam base normativa para a execução das decisões estruturais atípicas, decorrente da combinação do artigo 139, IV e artigo 536, § 1, do CPC, enquanto cláusulas gerais em que o órgão julgador pode se apoiar para promover a execução de decisões em sede estrutural⁵⁵⁹.

Humberto Dalla Bernardina ainda traz à observação, o suporte oferecido pela Lei n. 12.529/2011, que regulamenta o Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência (SBDC), uma vez que regulamenta a intervenção judicial nos artigos 96 e 102, chamando atenção ainda para a primazia da tutela específica por meio da obrigação de fazer ou não fazer, e alternativamente, se necessário, concede poder a Corte para que seja adotada as providências necessárias ao resultado prático equivalente ao da obrigação, inclusive na intervenção sobre a empresa, quando em uma execução específica (art. 95)⁵⁶⁰.

⁵⁵⁴ Ibidem. Op., Cit., p. 46, 2016.

⁵⁵⁵ Ibidem., Op., Cit., p. 47, 2016.

⁵⁵⁶ Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado-RPC*. v. 1, n. 2, p. 211-229, 2015.

⁵⁵⁷ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; ZANETI Jr, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁵⁵⁸ JOBIM, Marco Felix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: ZANETI JR., Hermes (coord). *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 230-232.

⁵⁵⁹ DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria; ZANETI Jr, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁵⁶⁰ BERNARDINA DE PINHO. Humberto Dalla. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. vol. XIII. pags. 229-258, 2014.

Suzana Henriques da Costa⁵⁶¹, por sua vez, defende a aprovação de um projeto de lei que vise a sistematizar a judicialização das demandas de natureza política (Projeto de Lei 8.058/14). Nesse mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Paulo Henrique dos Santos Lucon⁵⁶² afirmam que o controle jurisdicional de políticas públicas constitui uma realidade irreversível no Brasil. Para a solução de tais conflitos, é necessário que se tenha um processo estrutural adequado. Contudo, estes autores acreditam que para o processo estrutural ser aplicado em sua plenitude no Brasil, ainda faltaria a superação de eventuais lacunas legislativas, o que deve ser sanado a partir da sustentação da conveniência e constitucionalidade desse projeto de lei.

Edilson Vitorelli acredita que para o pleno uso de sua teoria dos litígios coletivos no Brasil, ainda, se dependeria, em alguma medida, de alterações nas normas processuais. Em especial, para regulamentar questões de procedimentos e participação em situações que envolvem litígios irradiados, e que leva a observação sobre o tipo de conflito que envolve a adjudicação de processos estruturantes⁵⁶³. Para o autor, é importante a promulgação de leis que delineiem um regime de resolução de litígios coletivos, a fim de permitir, não apenas a adequada proteção dos valores sociais envolvidos, como também, por meio de um devido processo legal coletivo, uma maior participação dos destinatários do resultado⁵⁶⁴, inobstante a possibilidade *ope judicis* de se preencher estas lacunas enquanto isto não ocorra.

Ada Pellegrini Grinover identifica que a prática atual do controle jurisdicional de políticas públicas é tratada com pueril irresponsabilidade, porque os instrumentos processuais empregados para esse controle são manifestamente inadequados a uma discussão jurisdicional minimamente satisfatória de políticas públicas⁵⁶⁵.

Não obstante a divergência na doutrina sobre a plena aplicação de processos estruturais independente da existência de novas previsões legislativas, eventuais lacunas legislativas

⁵⁶¹ DA COSTA, Susana Henriques; FERNANDES, Débora Chaves, Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas – Relatório Brasil. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 377.

⁵⁶² GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. Projeto de Lei n. 8058/2014 – Considerações gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

⁵⁶³ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (orgs). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁵⁶⁴ VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. Op., Cit., p. 589-591. 2016.

⁵⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do curso de direito da faculdade de humanidades e direito*. v. 7, n. 7, 2010. p. 29-35.

podem ser superadas no caso concreto por meio da adequação e proporcionalidade. Nesse contexto, quaisquer remédios disponíveis para se tutelar adequadamente o litígio complexo – que visem a implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, ou realizar uma determinada política pública – podem ser utilizados pelo Judiciário⁵⁶⁶.

Como essa atitude implica a revisão dos poderes tradicionais da Corte para adjudicação, seu uso deve se assentar sobre o exercício de uma prática cooperativa⁵⁶⁷ e contraditório renovado⁵⁶⁸, ampliando a participação das partes e dos ausentes no diagnóstico dos pontos de vista, e da existência de interesses policêntricos e multipolares⁵⁶⁹, tal qual abordado no capítulo anterior. Se supridas, em cooperação com as partes, as lacunas legislativas ou a falta de aderência de determinada norma ao contexto concreto durante os atos processuais, certamente o devido processo legal passa a ser observado, permitindo a implantação da medida, sem renunciar a direitos indisponíveis ou levar prejuízos a terceiros⁵⁷⁰.

Devidamente identificada a normativa para aplicação de processos estruturantes no Brasil, bem como o debate que se assenta sobre as limitações do ordenamento para recebê-los, serão traçados a seguir, interações que o processo estruturante realiza com o processo ordinário, para viabilizar sua implementação no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

4.2.1. A interação entre Processo Estruturante e o Ordenamento Jurídico Nacional

O ordenamento nacional, quando interpretado de maneira sistemática, estabelece uma profícua interação entre: Processo Estruturante, Processo Coletivo, Processo de Interesse

⁵⁶⁶ ZANETI JR., Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: ZANETI JR., Hermes. (Coord.). *Processo Coletivo. (coleção repercussões no Novo CPC)*, Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 26.47.

⁵⁶⁷ GISMONDI, Rodrigo. Consensualidade e cooperação na execução judicial de políticas públicas: a subsidiariedade do modelo tradicional da execução-sanção diante do Novo CPC. In: ARAÚJO, José Henrique; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio. (ORGS). *Fazenda Pública. 2 ed.* Salvador: Juspodivm, v. 3. pags. 705-738. 2016.

⁵⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 363.

⁵⁶⁹ VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. Op., Cit., 2016.

⁵⁷⁰ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: Câmara, Alexandre Freitas; Pires, Adilson Rodrigues; Marçal, Thaís Boia (Coords.) *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum, p. 259-272, 2016.

Público e Processos Individuais. Essa relação, entre outros motivos, ocorre em razão da tradição jurídica híbrida brasileira⁵⁷¹, que incorpora diversas soluções jurídicas, experimentadas nos mais diversos países e tradições, bem como convive com princípios e sistemas de estruturação e resolução de conflitos de culturas e tradições distintas.

Constatamos essa característica em capítulo anterior, quando se diagnosticou a recepção, pela doutrina nacional, do conceito de “*public law litigation*”, cunhado por Abram Chayes⁵⁷², e as divergências sobre o alcance de seu uso, dividindo-se entre os que o percebem como adequado ao controle de políticas públicas⁵⁷³ e aqueles que inserem um aspecto mais amplo de processo judicial para o interesse público, em reformas estruturais de instituições públicas ou privadas⁵⁷⁴.

Identificou-se que o termo *public law litigation* poderia ser sinônimo, no Brasil, de direitos coletivos *lato sensu*, ou o antônimo de direitos individuais⁵⁷⁵. E, ainda, que as *injunctions*, emitidas no cenário de afirmação de direitos fundamentais (*civil rights*), são resultados de ações com caráter de interesse público, referindo-se às ordens judiciais que determinam obrigações de fazer, ou não fazer, para a realização ou a garantia de direitos fundamentais, com o intuito de reformar instituições inteiras, públicas ou privadas⁵⁷⁶, alterando a estrutura

⁵⁷¹ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional de Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. Ver., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵⁷² CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. vol. 89, n. 7, mai-1976; The Supreme Court, 1981 Term: foreword: public law litigation and the Burger Court. *Cambridge: Harvard Law Review*. v. 96, n. 4, p. 4-311, 1982.

⁵⁷³ Apenas a título exemplificativo: COSTA, Susana Henriques da. Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Geral do Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. nº 57, jul./set. 2015; COSTA, Susana henriques; FERNANDES, Débora Chaves, Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas – Relatório Brasil .. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017; COSTA, Susana Henriques. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, p. 397-421. 2017.

⁵⁷⁴ Podemos citar: ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT. ano 38. v. 225. 2013.

⁵⁷⁵ GISMONDI, Rodrigo Altenburg Odebrecht Curi. *Processo civil de interesse público e medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016; MULLENIX, Linda. General report – common Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2008.

⁵⁷⁶ Conforme mencionado no capítulo 01, ainda que diversos julgamentos americanos envolvessem instituições públicas, também se demonstra possível a proteção de direitos envolvendo instituições privadas, conforme será demonstrado mais abaixo. Para conhecer mais sobre as possibilidades: GARRETT, Brandon L. *Structural Reform Prosecution*. *Virginia Law Review*, vol. 93, p. 853-957, 2007.

de uma organização, de modo a modificar seu comportamento no futuro, adquirindo o processo judicial (*litigation*) caráter de processo estrutural (*structural injunctions*)⁵⁷⁷.

Adotou-se compreensão mediada entre a expressão de Owen Fiss acima indicada, em conjunto integrador com o conceito de Abram Chayes⁵⁷⁸, recomendando-se o uso do processo estruturante para mudança estrutural em instituições burocráticas, públicas ou privadas para rever comportamentos que ameacem direitos constitucionais, não restringindo seu uso ao controle de políticas públicas, mas a qualquer reforma estrutural complexa, se tratando esse de um conceito abrangente⁵⁷⁹.

Owen Fiss afirmará que processo estruturante é “o meio formal através do qual o Judiciário procura reorganizar as organizações burocráticas em curso, de modo a torná-las em conformidade com a Constituição”⁵⁸⁰. Nesse caso, para o sucesso desse comportamento, a interpretação judicial se utiliza dos demais procedimentos ordinários, naquilo que é possível balancear as necessidades do direito material e as regras processuais existentes. Por se referirem a um comportamento amplo de tomada de decisões pelo Judiciário, quando instado a resolver litígios complexos, processos estruturais utilizam de todo o catálogo processual disponível no ordenamento para atingir esse objetivo, não se limitando ao uso de um veículo processual exclusivo, ou de um tipo de ação judicial para proteger direitos⁵⁸¹.

Nessa linha de raciocínio, deparando-se com problemas complexos, cuja abordagem demande o uso de um procedimento estruturante, para adequar-se aos desafios de uma tutela adequada, tempestiva, efetiva e justa do direito a ser adjudicado, o advogado do autor, em sua estratégia comportamental, interage com o catálogo de ações judiciais disponíveis e com os procedimentos ordinários do ordenamento, a fim de verificar a maneira integradora por que

⁵⁷⁷ FISS, Owen. *The Civil Rights Injunction*. Indiana University-Bloomington School of Law. Coleção Adison Harris Lecture. vol. 7, 1978. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=harris>.

⁵⁷⁸ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. vol. 89, n. 7, mai-1976; The Supreme Court, 1981 Term: foreword: public law litigation and the Burger Court. *Cambridge: Harvard Law Review*. v. 96, n. 4, p. 4-311, 1982.

⁵⁷⁹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. vol. 284. p. 333-369, Out -2018.

⁵⁸⁰ Tradução livre: Processo estruturante é “*the formal medium through which the judiciary seeks to reorganize ongoing bureaucratic organizations so as to bring them into conformity with the constitution*”. FISS, Owen. *The Allure of Individualism*. *Iowa Law Review*, vol. 78, n. 5, p. 965, 1993.

⁵⁸¹ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional de Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. Ver., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.; DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 9ª ed., vol. 4, 2014.

irá propor sua reclamação judicial coletiva⁵⁸², devendo apresentar ao Judiciário, as razões que indicam se tratar de um litígio complexo, bem como que as reivindicações do grupo que demandam o desenho de um procedimento diferenciado para a solução do conflito apresentado, se amolda as necessidades do direito material envolvido.

Litígios irradiados ou problemas complexos podem ser adequadamente solucionados por meio de processos estruturantes⁵⁸³ que visam à tutela do interesse público. No contexto brasileiro, quando for feita referência a uma tutela coletiva, se utilizará do microsistema de processo coletivo para atingir o desiderato⁵⁸⁴. Temos, neste momento, uma primeira interação entre um procedimento ordinário e o procedimento especial que se pretende desenvolver, por meio deste subsistema.

O tratamento por meio da tutela coletiva de direitos permite à Corte melhores condições de representar a controvérsia que envolve grupos com características de danos comuns. Cabe observar que a ação coletiva se estabelece enquanto veículo processual existente no ordenamento jurídico nacional, com prioridade na resolução de mérito e alcance diferenciado dos efeitos da decisão, quando comparada a uma ação individual, pois, respeitados os direitos de *opt in* e *opt out*, possui alcance *erga omnes*⁵⁸⁵, outra interação que se estabelece com o veículo processual que melhor se adéqua à exposição ampla da controvérsia.

No contexto do microsistema do procedimento ordinário coletivo, o ordenamento jurídico nacional ainda prevê técnicas de agregação de ações judiciais de demandas repetitivas, agrupadas por meio do julgamento único desses casos repetitivos, uma “espécie de processo coletivo *opt-in*”, compondo, junto com as ações coletivas *opt-out* e os precedentes vinculantes, as opções coletivas previstas expressamente pelo CPC/2015⁵⁸⁶.

⁵⁸² ZANETI JR, Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: ZANETI JR, Hermes. (Coord.). *Processo Coletivo. (coleção repercussões no Novo CPC)*, Salvador: Editora Juspodivm, 2016,

⁵⁸³ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁵⁸⁴ ZANETI JR, Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: ZANETI JR, Hermes. (Coord.). *Processo Coletivo. (coleção repercussões no Novo CPC)*, Salvador: Editora Juspodivm, p. 26-47, 2016.

⁵⁸⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; Conceito de processo jurisdicional coletivo, *Revista de Processo*, vol. 229, p. 273-280. 2014.

⁵⁸⁶ ZANETI JR, Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: Notas sobre a agregação de litígios no processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/15. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 7. p 225-246. Jan-jun 2018. p. 226.

Por sua vez, a escolha de uma técnica de julgamento repetitivo para uniformizar a aplicação do direito, numa controvérsia que expõe o litígio complexo, contribui para a isonomia e integridade do direito. Quando utilizada no contexto de um procedimento estruturante, demanda a interação das regras de agregação de litígios, com as características de gestão do caso (*case management*), pela Corte, que ocorrem em processos estruturantes e já expostas nos dois capítulos anteriores.

O Brasil também dispõe de um modelo de controle de constitucionalidade híbrido, adotando, ao mesmo tempo, um modelo difuso, similar ao americano, e um concentrado de matriz europeia-continental⁵⁸⁷. Desse modo, quando a tutela de litígios constitucionais se referir a um litígio complexo, ela observará as regras que dispõem os procedimentos ordinários de controle constitucional, que passam a interagir com a lógica estrutural desse procedimento especial.

Afirmou-se, nesta dissertação, a opção pela teoria dos litígios de Edilson Vitorelli, que compreende o Litígio Coletivo por meio de intensidades diferentes, sendo ele global, local ou irradiado. Essa variação se faz de acordo com as características da lesão sofrida pela sociedade, o que permite maleabilidade no uso do microsistema de processo coletivo e o ordenamento como um todo, não havendo obrigatoriedade automática para esse relacionamento⁵⁸⁸.

Na perspectiva do autor, o processo coletivo seria uma técnica processual do ordenamento que permite a tutela dos direitos afetados por litígios coletivos, por meio da aplicação de uma tese única, que atinge todo o grupo lesionado. Contudo, naqueles ordenamentos nacionais em que essa técnica não existir ou, ainda, na hipótese de existir, mas o autor optar pelo tratamento individual do dano sofrido, o tratamento da controvérsia ocorrerá por meio do procedimento ordinário individual⁵⁸⁹.

No entanto, ainda que uma ação individual possa ser utilizada para perseguir a tutela desses direitos, a ação coletiva propicia, ao julgamento, uma maior extensão de efeitos a todos os membros do grupo, permitindo o tratamento uniforme do problema apresentado à adjudicação.

⁵⁸⁷ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional de Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. Ver., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵⁸⁸ VITORELLI, Edilson. *Levando os direitos a sério*. Op. Cit., p. 03. 2018.

⁵⁸⁹ *Ibidem.*, p. 04, 2018.

O processo coletivo é a técnica processual ordinária de representatividade de uma demanda do grupo, através do representante, que conduz, na ausência dos demais membros, os atos processuais. Por sua vez, diante do contexto brasileiro em que o representante não titulariza o direito material violado, a Corte, para adjudicar o caso, fixa uma tese jurídica comum, não condicionando os efeitos da decisão a uma correlação entre a qualidade do representante da controvérsia e o sujeito materialmente afetado⁵⁹⁰.

No Brasil, litígios coletivos podem possuir e, em regra, possuem ganhos de eficiência, quando processados coletivamente, de modo que o ordenamento condiciona a representação do grupo por meio de legitimados extraordinários (art. 5º, Lei 7347/1985 e outros, art. 81 e 104, do Código de Defesa do Consumidor).

Fredie Didier Jr., e Hermes Zaneti Jr. afirmam que “processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, por exemplo)”. Por sua vez, o núcleo do conceito de processo coletivo é o seu próprio objeto litigioso, isto é, coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva, ativa ou passiva⁵⁹¹.

Ainda nessa linha de raciocínio, Zaneti e Didier traçam paralelos entre o modelo *class action* americano e o ordenamento brasileiro, para, ao final, identificar a existência de um modelo brasileiro próprio de processo coletivo, afirmando que:

O modelo da *class actions* é, especialmente, vocacionado para os fins pragmáticos, sem a necessidade de um conceito de direitos subjetivos (*remedies precede rights*), com tutelas atípicas e não-taxativas, no qual o direito subjetivo do cidadão em face da administração pública não necessariamente é objeto de *class actions*, mas pode ser igualmente veiculado através de uma mais ampla gama de *civil actions* e outras formas de litígios complexos, como a *citizen action* e a *parens patrie doctrine*⁵⁹²

⁵⁹⁰ Ibidem, p. 04, 2018.

⁵⁹¹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; Conceito de processo jurisdicional coletivo, *Revista de Processo*, vol. 229, p. 273-280, 2014. p. 273.

⁵⁹² DIDIER JR, Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: Class Action, Ações associativas/Litígios agregados e o Processo coletivo: modelo brasileiro. Porto Alegre: *Revista de Processos Coletivos*, v. 5. n. 4. p. 01-35, 2014. p. 02.

Para os autores, o que diferencia o modelo brasileiro de processo coletivo e o modelo de *class actions* nos EUA é: (1) a definição de uma estrutura formal de suporte para a identificação de direitos subjetivos coletivos (situações jurídicas processuais e substanciais); (2) a não-taxatividade dos direitos tutelados e a maior amplitude de meios de tutela, admitindo-se todas as ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela (art. 5, XXXV da CFRB), condenatórias, declaratórias e constitutivas, mas também mandamentais (injuncionais, voltadas para as obrigações de fazer e não fazer) e executivas *lato sensu* (voltadas para obrigações de entrega de coisa)⁵⁹³.

A ação coletiva, nesse modelo, é a demanda que origina um processo coletivo, a partir da existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva⁵⁹⁴. Contudo, não se pode afirmar que todo litígio coletivo terá tratamento por meio de um processo coletivo. De fato, a caracterização do objeto a ser tutelado na discussão de direitos fundamentais em litígios complexos, pode ser mais bem realizada caso sua identificação seja tomada de modo flexível, a partir do caso concreto e, não, de conceitos estanques previstos em lei ou pela doutrina⁵⁹⁵.

Contudo, na realidade estrutural, quando se afirma que “coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva”⁵⁹⁶, o objeto mencionado pode confundir seu objeto processual com o objeto material existente, o que nem sempre guardará correspondência.

Hermes Zaneti Júnior afirmará que o modelo constitucional brasileiro autorizou ampla tutela de direitos coletivos. Todas as ações e remédios capazes de propiciar a adequada e efetiva adjudicação dos direitos (art. 5º, XXXV, da CFRB) são permitidos, além do que essa característica se refere ao princípio da não-taxatividade dos remédios, que devem prescindir de direitos⁵⁹⁷.

⁵⁹³ Ibidem., p. 02. 2014.

⁵⁹⁴ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; Conceito de processo jurisdicional coletivo, Op., Cit., p. 274. 2014.

⁵⁹⁵ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁵⁹⁶ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; Conceito de processo jurisdicional coletivo. Op., Cit., p. 273, 2015.

⁵⁹⁷ ZANETI JR., Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: ZANETI JR, Hermes. (Coord.). *Processo Coletivo. (colegião repercussões no Novo CPC)*, Salvador: Editora Juspodivm, p. 26-47. 2016.

Nesse sentido, conceituar *a priori* processo coletivo como sendo aquele cujo objeto envolve uma situação jurídica coletiva pode não ser suficiente para os fins que um processo estrutural visa a obter. Isso porque, conforme anteriormente afirmado, não se pode confundir objeto processual com objeto material, no tratamento do caso, apesar deles se relacionarem em perspectiva circular. Se existem situações em que o litígio coletivo (objeto material) pode ser tratado pela via individual⁵⁹⁸, nem sempre a via processual guardará consonância com o procedimento coletivo, o que não impede o uso de uma medida estrutural para resolver a controvérsia adjudicada por uma ação individual.

Todo processo coletivo envolve situação jurídica coletiva, mas nem todo conflito coletivo ensejará um processo coletivo. Ademais, o juiz não limita o uso de um processo estruturante à situação envolvida por uma ação coletiva, mas ao reconhecimento de que se trata de um litígio complexo, que demanda determinado tratamento estrutural.

Marco Antonio Rodrigues observa que durante o controle de políticas públicas, diversos litígios individuais são levados à jurisdição, se comportando como espécie de litígios policêntricos, porque seu julgamento possui reflexo sobre toda a coletividade, havendo ainda, processos que relacionam requisitos formais e objetivos a serem julgados, como a Ação de descumprimento de preceitos fundamentais e as Ações de Declaração de Inconstitucionalidade e de Constitucionalidade, que ainda assim, indicam caráter coletivo e estrutural⁵⁹⁹.

Marçal ainda reconhece, a necessidade de se compreender que diversas demandas estruturantes são formalmente individuais, porque relegadas à lógica processual bipolar. Nestes casos, há um direito individual levado à Corte, mas que envolve uma série de interesses policêntricos que envolvem terceiros, direta ou indiretamente afetados pelas decisões proferidas. Esses casos referem-se a demandas em que a violação sistêmica de determinados direitos indica que o tratamento estrutural pode fornecer mais vantagens do que

⁵⁹⁸ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017; Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos Conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 7, 2018. p. 8.

⁵⁹⁹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coord.). *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 261-262; vide a *ratio decendi* da ADPF 347 (Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro), para melhor compreensão do tema.

pela litigância habitual, o que indica a necessidade de se repensar a estrutura judiciária para a agregação desses casos de modo a permitir unidade em seu tratamento⁶⁰⁰.

No que concerne à temática, utiliza-se como exemplo a situação em que determinado autor, numa ação individual, requereu que fossem entregues a ele, pelo Estado, medicamentos, pois, comprovadamente, restou demonstrada a relação entre o dever de entrega do medicamento e seu direito individual à vida e dignidade. Acontece que, durante a instrução processual, a Corte verificou que o mesmo pedido foi realizado por dezenas, centenas ou, até mesmo, milhares de sujeitos que padeciam do mesmo problema, todos por meio de ações individuais.

Há, nesse caso, ao menos duas opções de tratamento do litígio coletivo pela Corte. A primeira, mais simples e menos trabalhosa do ponto de vista do juiz, é aquela que utiliza o procedimento individual ordinário na análise do objeto material litigioso, com argumentos de ponderação entre a reserva do possível na colisão de princípios fundamentais do direito à saúde e da solidariedade contributiva do SUS, durante o julgamento do pedido do autor.

Por sua vez, em que pese ser mais fácil ao agente público realizar essa opção de julgamento, ela acarreta diversos problemas para um número indeterminado de sujeitos, tais como: o déficit orçamentário imposto pelo Judiciário à fazenda pública na distribuição aleatória de medicamentos por cada decisão individual proferida, a ineficiência que o tratamento molecular do direito provoca, quebra da isonomia no tratamento do conflito, por meio de decisões divergentes entre aqueles que se encontram na mesma situação jurídica, bem como problemas relacionados à integridade e coerência das decisões judiciais, quando a Corte não consegue resolver, de maneira tempestiva, todas as ações judiciais sob sua competência.

Uma outra linha de raciocínio disponível permite à Corte, quando se deparar com o julgamento desta situação repetitiva, ao verificar a existência de milhares de pedidos individuais com o mesmo objeto, mas nenhuma ação coletiva para representação da controvérsia, objetivando conferir isonomia, eficiência e equilíbrio às suas próprias decisões, utilizar de uma técnica de gestão de casos denominada de IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), nos termos do artigo 976, do CPC.

⁶⁰⁰ MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. *Revista de Processo*, vol. 289. p. 423-448, 2019.

Nesse contexto, os processos individuais que envolvem a matéria serão reunidos pela Corte e suspensos os andamentos individuais em tramitação até que uma tese uniforme possa ser aplicada para todos os casos⁶⁰¹. Hermes Zaneti Júnior compreende essa técnica como uma espécie de processo coletivo *opt-in* e uma forma de agregação de litígios para julgamento de uma questão comum, de direito material ou processual e, ainda, um modelo misto de tutela coletiva, ao mesmo tempo *opt-in* e *opt-out*⁶⁰²:

Entendemos que esta espécie de técnica de tutela representada pelos casos repetitivos pode ser, portanto, vista sob a perspectiva de um processo coletivo, não importa qual a sua configuração, visto que se formam grupos a partir do momento em que os diversos litígios ou as questões deles decorrentes são reunidos. Trata-se de julgamento de litígios agregados, pretensões agregadas, litígios isomórficos, em outras palavras, ações coletivas *opt-in*, em que se exige o comportamento ativo dos litigantes para formação do grupo, por exemplo, ajuizando ações individuais para serem atingidos e vinculados ao resultado do processo coletivo⁶⁰³.

Entretanto, permanecem na doutrina aqueles que não lhe inserem no contexto de um processo coletivo, mas uma forma de reunião de ações individuais. Tais considerações giram em torno da natureza que envolve a tese fixada na agregação do litígio⁶⁰⁴. Para quem identifica se tratar de uma causa-piloto, o órgão jurisdicional seleciona, entre os casos concretos, aquele representante da controvérsia, julgando simultaneamente o caso concreto e fixando a tese jurídica que será aplicada daquele momento em diante para casos similares⁶⁰⁵. Entre os que observam se referir a uma causa-modelo, o incidente instaurado fixaria uma tese abstrata a ser seguida para tratamento dos casos semelhantes, sem julgamento em concreto do direito material subjacente⁶⁰⁶.

Sofia Temer considera que, não obstante a dimensão coletiva do IRDR, o instituto possui natureza objetiva, destinada à fixação de tese jurídica abstrata e generalizável, enquanto ações

⁶⁰¹ CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo Brasileiro de Processo Coletivo – as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Ed. JusPodivm, 2018; ALVES, Gustavo Silva. *Ações Coletivas e Casos Repetitivos: Os membros do grupo e a convivência entre os modos de vinculação decorrentes do modelo brasileiro de processo coletivo*. 2018 *Dissertação (Mestrado em Processo, Justiça e Constituição)* – Universidade Federal do Espírito Santo, UFES. Vitória/ES.

⁶⁰² ZANETI JR, Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: Notas sobre a agregação de litígios no processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/15. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 7. p. 225-246, 2018.

⁶⁰³ Ibidem, 2018, p. 226.

⁶⁰⁴ CARDOSO, Juliana Provedel. *O Modelo Brasileiro de Processo Coletivo: As ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Ed. Juspodivm, 2018.

⁶⁰⁵ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: Juspodivm. 13. ed. v.2. 2016, p. 593.

⁶⁰⁶ Ibidem., Op., Cit., p. 593, 2016.

coletivas que visam ao tratamento de direitos individuais homogêneos possuem natureza subjetiva, porque visam a tutelar situações concretas⁶⁰⁷.

Juliana Cardoso Provedel compreende que, no julgamento de casos repetitivos, a fixação da tese jurídica é precedida do julgamento do recurso afetado (artigos 1.036, 1.037, §4 e 1.039 do CPC), do recurso, da remessa necessária, ou do processo de competência originária, de onde se gerou o incidente (artigo 978 do CPC). Nesse contexto, além de fixar a tese jurídica, o julgamento também possui natureza subjetiva, porque julga a causa nas questões jurídicas comuns⁶⁰⁸.

Hermes Zaneti Júnior⁶⁰⁹, assevera que as compreensões que retiram o caráter coletivo dessa técnica de agregação decorreriam de um formalismo exacerbado que exige, para aplicação dos fatos à determinada norma, uma atividade de subsunção, por meio de um pensamento dedutivo, limitando-os apenas ao seu suporte fático (*fattispecie*). De modo contrário, a interpretação, nesse tipo de técnica de agregação de litígios, demandaria não apenas a adequação da hipótese fática, como a consideração sobre outros fatos relevantes para o direito, a partir de uma compreensão sistemática que considere princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos determinados, existentes no ordenamento.

Para Zaneti e Didier, o uso do IRDR, ou de uma ação coletiva tradicional, depende de comportamento estratégico dos litigantes, que priorizam apenas a coisa julgada individual, ou um precedente obrigatório, além de custos financeiros, políticos, sociais, possibilidade de desistência do caso individual (arts. 976 § 1., 998 paragrafo Único e 1.040 § 1. do NCPC), *amicus curiae*, suscitação ou não do IRDR, escolha do caso representativo, dentre outros. Além disso, a escolha da técnica a ser utilizada na adjudicação, deveria considerar o princípio da adequação à tutela justa ao caso concreto⁶¹⁰.

Nesse contexto, ao verificar o objeto material litigioso, deve ser analisado se a situação jurídica coletiva é suscetível de solução por meio do IRDR, ou apenas pelas ações coletivas tradicionais, ou ainda, se há coincidência de objetos entre as duas técnicas. Contudo, em

⁶⁰⁷ TEMER, Sofia. *O Incidente de Resolução de demandas repetitivas*. Salvador, Ed. Juspodvm, 2016. p. 92-93.

⁶⁰⁸ CARDOSO, Juliana Provedel. *O Modelo Brasileiro de Processo Coletivo: As ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Ed. Juspodvm, 2018. p. 102.

⁶⁰⁹ ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 936 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1337-1338.

⁶¹⁰ DIDIER, Fredie Jr; ZANETI JR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – Espécies de processo coletivo no direito brasileiro: Aproximações e distinções. *Revista de Processo*. vol. 256. 2016. pag. 211.

situações em que haja predominância da tutela coletiva, tais como na tutela de direitos difusos, a ação coletiva deve predominar sobre a escolha de julgamentos repetitivos, mesmo que existam ações individuais de indenização, devendo a ação coletiva ser analisada como caso piloto, tal como no caso do desastre ambiental de Mariana⁶¹¹.

Independente da corrente a que se pretende filiar, a opção por um ou outro modelo de IRDR implica duas abordagens, isto é, ou ele se trata de processo coletivo *sui generis*, ou, na realidade, essa técnica de agregação de litígio é uma técnica de gestão de processos individuais, tornando possível a adjudicação de litígios coletivos demandados individualmente. O exemplo acima demonstra a existência de um debate sobre processo coletivo, que comporta a possibilidade de se considerar que um litígio coletivo poderá ser tratado judicialmente, ainda que inserido por meio de uma ação individual, e que se estruturalmente abordado, este tratamento pode oferecer racionalidade aos julgamentos.

Além disso, indica que, quando tais técnicas de gestão repetitiva se utilizarem das técnicas disponíveis a um processo estruturante, o modo de interpretação da agregação de litígio se desenvolverá em interação permanente com as demais regras de processo coletivo e processo individual *sui generis*⁶¹². Para o deslinde da controvérsia, a Corte adotará o comportamento diferenciado (*case management*) dialógico, cooperativo e negociado para a solução estrutural, assumindo características *town meeting* na coordenação dos trabalhos, além de criteriosa análise sobre a representação dos legitimados e os requisitos do devido processo legal. Ainda se valerá das medidas atípicas, dos negócios processuais, e outras ferramentas disponíveis à efetivação dos provimentos judiciais que, se necessário, se iniciam e devem terminar no mesmo juízo em atos de cadeia ou em cascata⁶¹³.

Essa abordagem estrutural independe da controvérsia instaurada pelo direito material violado, se levada à Corte por meio de uma ação coletiva ou de uma ação individual, devendo ainda, no comportamento da adjudicação, fazer uso da proporcionalidade ao tratar de direitos fundamentais relacionados aos limites de restrição orçamentária da Fazenda Pública, atuação em políticas públicas, imposição de ordens no relacionamento entre Governo e Legislativo, além de tomar em consideração outros fatores relevantes para o sucesso da medida que se

⁶¹¹ Ibidem., Op., Cit., pags. 03-04. 2016.

⁶¹² ZANETI JR, Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: Notas sobre a agregação de litígios no processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/15. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 7. p. 225-246. 2018.

⁶¹³ Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

pretende implementar. A adequação, subsidiariedade e proporcionalidade de uma decisão estrutural é fundamental para impor limites a intervenção da Corte em assuntos que não são navegáveis pelo procedimento ordinário quando na interpretação de valores públicos.

Após mais de 50 anos do julgamento de *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)⁶¹⁴, David Schienbrod faz um balanço da intervenção do Judiciário americano no cotidiano do executivo e de seu relacionamento com o governo, para afirmar que a Corte tem falhado em adotar uma série de regras que sejam efetivas para avaliação, definição do objeto e duração dos efeitos das decisões que são preferidas em reformas estruturais e que envolvem o Governo, adjudicando problemas que não conseguem resolver por não dominarem, se tornando parte da indefinição da solução que deveriam apresentar⁶¹⁵.

A fim evitar essa consequência, o autor afirma que os juízes devem refletir se decisões que envolvem reformas institucionais realmente devem ser utilizadas no caso, ou não, considerando no direcionamento, se medidas alternativas podem ser mais efetivas e mais democráticas no sentido de autonomia dos poderes. Nesse caso, torna-se necessário traçar uma linha-limite entre o trabalho da Corte para adjudicar direitos e o trabalho daqueles eleitos para realizar os direitos constitucionais. Juízes devem proteger direitos, mas devem observar também que governos eleitos democraticamente prestam contas aos seus eleitores e respondem pelos desejos daqueles que os elegeram⁶¹⁶.

O exemplo sobre tratamento isonômico na concessão de tutela de saúde demonstra que soluções processuais aptas a lidar com os problemas complexos levados à adjudicação devem ser compreendidas de modo flexível no que concerne ao procedimento instaurado e interagir com as regras de todo o ordenamento.

Desse modo, não é o tipo de veículo introdutor da controvérsia de direito material o que caracteriza um procedimento estruturante, mas os objetivos estruturais que a jurisdição visa a alcançar com a sentença. A finalidade da decisão e a inexistência de remédios correspondentes para proteção adequada do direito, aponta uso pragmático do catálogo processual disponível à

⁶¹⁴ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso no dia 08 de março de 2019.

⁶¹⁵ SCHOENBROD, David. Democracy by Decree: What Happens When Courts Run Government. New York Law School. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. n. 02. pags. 01-13, 2003. Pag. 11.

⁶¹⁶ Ibidem., pag. 12, 2003.

Corte. Por essa razão, os “direitos fundamentais, sejam eles materiais ou processuais, devem sempre ser compreendidos numa perspectiva ampliada, integradora e contextualizada”.⁶¹⁷

No plano ideal, a conquista de um direito material vem acompanhada de um instrumento adequado a sua garantia no plano processual (*remedies precede rights*), o que permite previsibilidade legislativa para se prever qual procedimento pode ser utilizado na adjudicação de determinado direito.

Contudo, a progressiva complexidade assumida pelos direitos coletivos, no contexto de litígios complexos, nem sempre encontra instrumentos de tutela capazes de fornecer respostas, igualmente complexas, às situações em que o processo estruturante é chamado para auxiliar a Corte na proteção desses direitos.

Por envolver elevado grau de complexidade e intensidade dos conflitos que envolvem policentria de interesses e multipolaridade de partes⁶¹⁸, nem sempre o procedimento ordinário é suficiente para reparar direitos fundamentais violados. Ademais, tais condições podem ser consideradas como situações excepcionais a que o ordenamento jurídico tradicional não responde adequadamente⁶¹⁹.

A interpretação sobre o uso de um processo estruturante o reconhece como procedimento especial para que ele estabeleça interação circular com todo o ordenamento, aproveitando-se do microsistema coletivo, do procedimento individual e dos princípios constitucionais para extrair os mecanismos processuais necessários às finalidades de seu objetivo⁶²⁰.

Certamente esse posicionamento não é unívoco, ressoando na doutrina discussões sobre insuficiências legislativas e de cultura para o tratamento adequado da tutela coletiva ampla de direitos no Brasil⁶²¹, o que limitaria todas as potencialidades do uso de um processo estrutural como aplicado nos EUA e da máxima efetividade de uma ação coletiva.

⁶¹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *et al. Comentários à Lei de Ação Civil Pública: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 45.

⁶¹⁸ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. vol. 89, n. 7, mai-1976.

⁶¹⁹ EISENGERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. Cambridge: *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517. 1980.

⁶²⁰ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional de Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. Ver., amp., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶²¹ ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: De onde viemos, onde estamos e para onde vamos? *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. vol. XII. pags. 36-65, 2013.

Nesse sentido, diversas críticas sobre a timidez do Código de Processo Civil para enfrentar a adjudicação coletiva têm se estabelecido. Dentro dessa perspectiva, Egon Bockmann Moreira afirma que o Código de Processo Civil de 2015 ainda seria “pensado precipuamente, se não exclusivamente, para o processo individual”⁶²². Para o autor, remanescem, no texto legislativo, determinadas características que confirmariam essa proposição: o litígio do CPC/15, regra geral, ainda é uma demanda bipolarizada e que se estabiliza mediante a delimitação da causa de pedir, do pedido certo e determinado e da regra da congruência entre o pleito e a decisão⁶²³.

Sérgio Cruz Arenhart, em crítica semelhante, afirma que o processo coletivo brasileiro “pode ser resumido em um processo ‘individual’ no qual o autor se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda a coletividade”.⁶²⁴ Desse modo, o processo judicial ainda permaneceria com limitadas técnicas e sob a guisa de procedimentos tradicionais, inapropriados para que o interesse de terceiros e da coletividade sejam substancialmente tutelados, porque a tutela coletiva de direitos ainda partilha dos mesmos instrumentos processuais e do mesmo procedimento ordinário da tutela individual⁶²⁵.

Contudo, não obstante a importância de se identificar propostas legislativas inovadoras, estudos que enfoquem perspectiva de interpretação sistemática e integradora de todo o ordenamento e a interação constante entre Processo Estruturante, Processo Coletivo, Processo de Interesse Público e Processos Individuais, são relevantes para solucionar problemas práticos no cenário atual da realidade judiciária.

De fato, se existe ressonância na doutrina a discussão sobre como potencializar o uso de ações coletivas e o exercício de mecanismos adequados para tratamento do devido processo legal a tutelas coletivas, técnicas avançadas e contemporâneas de processo passam a reservar segundo plano na abordagem doutrinária que visa superar limitações mais prementes.

O debate desta pesquisa se refere as condições em que um procedimento personalizado ao caso de um litígio complexo possa ser utilizado no Brasil. Essas condições conferem um caráter dinâmico e flexível ao processo civil, indicando a revisão das responsabilidades

⁶²² MOREIRA, Egon Bockmann *et al.* *Comentários à Lei de Ação Civil Pública: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39.

⁶²³ *Ibidem*, p. 39-40, 2016.

⁶²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado-RPC*, v. 1. n. 2. p. 211-229, 2015. p. 213.

⁶²⁵ *Ibidem.*, 2015.

processuais e de conceitos tradicionais de processo individual. Sem dúvida, para aproveitar de sua máxima potencialidade teórica, demanda-se um arcabouço legislativo totalmente adequado a esta proposta. Contudo permanecer aguardando o estado ideal de positivação dos direitos, diversos conflitos não obterão respostas de tutela e proteção adequadas a suas necessidades.

Contudo, não obstante reconhecer limites legislativos do atual microssistema de processo coletivo, na atual fase legislativa brasileira, paira certa efervescência de debates para uma maior interação entre os sistemas de *common law* e *civil law*⁶²⁶, tais como sobre a força vinculante dos precedentes e da argumentação no ato de criação da norma ao caso concreto⁶²⁷. Essa discussão apresenta propostas para responder os desafios da justiça civil na atualidade, indicando potencialidades propiciadas pelo Código de Processo Civil para a tutela coletiva de direitos e das pessoas.

No ordenamento jurídico brasileiro de tradição híbrida, a todo momento o operador do direito depara-se com determinada restrição a tutela do direito. Escolhas legislativas sobre quais ferramentas processuais devem ser utilizadas no processo de interpretação da norma, obrigam o ordenamento a uma forma rígida de estruturação das responsabilidades no processo. Por sua vez, quando verificado que o conflito se trata de um litígio complexo, o operador irá se deparar com um dilema de escolhas que orbitam em torno de critérios de eficiência da tutela, ou segurança jurídica na aplicação do direito. Quando demandas estruturantes indicarem a necessidade de se realizar escolhas adequadas para a realização do direito material, o processo estruturante se coloca como alternativa de superação desses limites no caso concreto, o que demanda negociação, diálogo, participação e observância do devido processo legal para obter o resultado esperado.

4.2.2. A primazia da Ação Coletiva enquanto veículo introdutor da controvérsia no processo estrutural

A interação circular, afirmada na seção anterior, entre processo estruturante e os demais procedimentos ordinários, também deve se relacionar com a estratégia das partes durante a

⁶²⁶ TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

⁶²⁷ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 4. ed. Ed. Juspodivm. 2019.

escolha do veículo introdutor da controvérsia, disponível ao caso concreto (ação individual, ação coletiva, IRDR, ADPF, ADIN, ACP, ADCP, técnicas de agregação de litígios, etc), a fim de maximizar a técnica estruturante que se pretende utilizar para enfrentar o litígio complexo.

Desse modo, inobstante a possibilidade de gestão judiciária do caso, após sua introdução ao contexto adjudicatório, o ideal é que seja realizada escolha estratégica do tipo de ação adequada para veicular a pretensão. Nesse caso, a ação coletiva é o veículo procedimental que permite ampla cognição e tutela integral dos direitos coletivos⁶²⁸, sendo aquela que deve ter preferência na proteção de direitos difusos em processos estruturantes.⁶²⁹

Sabe-se que a ação coletiva brasileira compartilha premissas do modelo de *class actions* americano. O modelo americano tem, reconhecidamente, maior influência e difusão no ordenamento brasileiro, uma vez que nele é possível se identificar, na tríade: (I) interesse público primário (*public law litigation*), (II) atipicidade da ação e (III) não taxatividade dos direitos⁶³⁰.

Nesse caso, a experiência americana para o tratamento desses conflitos e suas semelhanças com a ação coletiva brasileira, leva a se compreender como o veículo adequado à adjudicação de processos estruturais. Toma-se essa decisão, uma vez que, ainda que se demonstre possível a adjudicação de direitos coletivos por meio das ações individuais, estas não permitem uma análise integral do problema que atinge a grupo de pessoas, nem permite a incidência de efeitos *erga omnes* e isonômicos para solução do conflito, ainda que seja prática corriqueira dos Tribunais brasileiros resolver direitos coletivos de maneira atomizada⁶³¹, concedendo apenas o direito individual em detrimento dos demais membros do grupo violado.

⁶²⁸ COSTA, Susana Henriques da. FERNANDES, Débora Chaves, Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas – Relatório Brasil .. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

⁶²⁹ DIDIER, Fredie Jr; ZANETTI JR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – Espécies de processo coletivo no direito brasileiro: Aproximações e distinções. *Revista de Processo*. vol. 256. pags. 209-218, 2016.

⁶³⁰ DIDIER JR, Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: Class Action, Ações associativas/Litígios agregados e o Processo coletivo: modelo brasileiro. Porto Alegre: *Revista de Processos Coletivos*, v. 5. n. 4. p. 01-35, 2014. p. 01.

⁶³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do curso de direito da faculdade de humanidades e direito*. v. 7. n. 7. p. 29-35, 2010.

Críticas ao tratamento individual de direitos coletivos são acentuadas na doutrina. Nesse aspecto, podemos citar Suzana Henriques da Costa⁶³², para quem os direitos sociais poderiam ser mais bem discutidos pela via do processo coletivo, uma vez que isso daria tratamento isonômico ao julgamento, o que não tem ocorrido no país, pois a regra tem sido a judicialização de direitos sociais pela via individual. Esse fato leva à solução do problema de forma atomizada, atingindo o administrador de forma dispersa, sem a criação de uma política pública universal para o grupo que padece da situação fática.

Além disso, decisões individuais podem interferir negativamente em políticas públicas. Ao realocar orçamento, o julgador não enxerga o quadro geral ligado ao direito social, violado pela administração, e promove, assim, desigualdades numa análise global. Tal constatação advém de que o processo civil é fundamentalmente individualista, com falta de incentivos para a realização de ações coletivas, inclusive econômicas e processuais, com a inexistência de coletivização de demanda individual, como ocorre no sistema das *class actions*⁶³³.

Em artigo publicado em 1999, ao analisar o controle judicial de políticas públicas – na época o tema ainda era incipiente na jurisprudência brasileira –, Andreas J. Krell considerou que não haviam sido aproveitadas as “potencialidades dos instrumentos processuais para a correição judicial das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo na área das políticas públicas”⁶³⁴. Dentre esses instrumentos, elencou a ação civil pública, típica, e principal instrumento do processo coletivo.

Desde então, nos estudos sobre a judicialização dos direitos prestacionais, há certa preferência da tutela jurisdicional coletiva, em detrimento da individual. Nesse sentido, pode-se citar Luís Roberto Barroso,⁶³⁵ Daniel Sarmento⁶³⁶ e Rodrigo Brandão⁶³⁷.

⁶³² COSTA, Susana Henriques. *Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas*. Op. Cit, p. 372, 2017.

⁶³³ *Ibidem*, p. 371-374, 2017.

⁶³⁴ KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, v. 36. n.144 pags. 239-260, 1999. p. 256.

⁶³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira, (orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 875–904, 2008.

⁶³⁶ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 533-586, 2008.

⁶³⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 298.

A preferência pela tutela coletiva reside no fato de que, em primeiro lugar, as ações coletivas propiciam ao juiz uma visão mais apurada acerca dos impactos macro da decisão nas contas públicas. Os juízes não têm como escapar de uma reflexão “que deveria ser realizada sempre que estivessem em jogo pretensões sobre recursos escassos: o potencial de universalização do que foi pedido”.⁶³⁸ Além disso, a tutela coletiva atenuaria o déficit de isonomia da judicialização dos direitos prestacionais, causados por um acesso desigual à justiça. Haveria uma minoração das “consequências perniciosas para os pobres de um ativismo judicial sem parâmetros”.⁶³⁹

O STJ já certificou, por exemplo, a legitimidade do ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público para pleito de medicamentos específicos a indivíduos determinados.⁶⁴⁰ Apesar de utilizar de legitimidade típica do processo coletivo, o provimento jurisdicional, nestes casos, dá-se nos exatos termos da decisão tomada em processos individuais: há a alocação de recursos públicos em benefício de poucos indivíduos. Nessas circunstâncias, o legitimado ativo atua enquanto mero procurador do indivíduo beneficiário e não como mandatário do interesse público⁶⁴¹. Justamente por isso, essa prática deve ser desestimulada.

Com uma forte crítica, Ada Pellegrini Grinover se mostra contrária à tutela molecular individual de políticas públicas, trazendo, ainda, exemplos jurisprudenciais, no sistema brasileiro, que autorizam esse tipo de controle, sendo especialmente mencionado o *leading case*, na ADPF 45-9, com voto do Ministro Celso de Mello, do STF, que define o mínimo existencial e a reserva do possível, limites dos limites à intervenção⁶⁴². Pode-se, então, concluir que, no Brasil, o Processo Estruturante interage com o Processo Coletivo e o Processo Individual, que são procedimentos disponíveis para o controle de políticas públicas, a tutela de direitos coletivos *lato sensu* e a intervenção em instituições privadas, cujos direitos violados referem-se a um interesse público, em um contexto estruturante de revisão de comportamentos.

⁶³⁸ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais. Op., Cit., p. 580, 2008.

⁶³⁹ *Ibidem.*, 2008.

⁶⁴⁰ STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial 1443783/MG. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 18.06.2014.

⁶⁴¹ MOREIRA, Egon Bockmann *et al.* *Comentários à Lei de Ação Civil Pública: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 513.

⁶⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

Essas interações com os demais procedimentos são necessárias para o uso do processo estruturante no Brasil, entre outros motivos, porque ele se assenta já sob premissas do microsistema de processos coletivos brasileiro em vigor e anterior a qualquer discussão doutrinária nacional sobre o uso de novos procedimentos para litígios complexos, de modo que a interação, no país, se realiza em diálogo entre as fontes normativas que são autorizadas pelo Código do Processo Civil e a Constituição, o que permite desenvolver um raciocínio circular de adequação da lide.

Além disso, esse procedimento disponível para a tutela de casos complexos estruturais se encontra sob a garantia fundamental, estabelecida na Constituição, de obtenção de um processo justo, de modo que todas as ferramentas operacionais e hermenêuticas disponíveis no ordenamento, devem ser usadas subsidiariamente e de modo proporcional como um catálogo de escolhas⁶⁴³ aptas a solucionar problemas complexos postos à adjudicação, observando limites de devido processo legal. No contexto da tradição constitucional brasileira, todos os remédios disponíveis para garantir direitos devem ser observados (art. 5º, XXXV, da CFRB),⁶⁴⁴ caracterizando-se o procedimento coletivo brasileiro, por meio da tríade: (I) interesse público primário (*public law litigation*), (II) atipicidade da ação e (III) não taxatividade dos direitos⁶⁴⁵.

Nesse sentido, o uso de um processo estruturante não dependerá de apenas um veículo introdutor específico (ação coletiva), em que pese esse modelo de ação ser o que permite uma tutela mais ampla da controvérsia. Na realidade, mecanismos processuais para efetivação de direitos não se encontram limitados a um rol taxativo de procedimentos e ações previstas pelo ordenamento.

A decisão que se utiliza de um processo estruturante não é condicionada ao tipo de ação específica que introduziu a controvérsia, mas a um modelo de gestão do caso (*case management*) diferenciado, no qual a hermenêutica da decisão judicial se estabelece com forte

⁶⁴³ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional de Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. Ver., amp., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶⁴⁴ ZANETI JR., Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: ZANETI JR., Hermes. (Coord.). *Processo Coletivo. (coleção repercussões no Novo CPC)*, Salvador: Editora Juspodivm. p. 26.47, 2016.

⁶⁴⁵ DIDIER JR., Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: Class Action, Ações associativas/Litígios agregados e o Processo coletivo: modelo brasileiro. Porto Alegre: *Revista de Processos Coletivos*. v. 5, n. 4, p. 01-35, 2014.

ônus argumentativo de todas as partes, demonstrado pela necessidade, ao caso concreto, de se desenvolver um design adequado de procedimento para a tutela de direitos e das pessoas.

Na compreensão de que o processo deve observar sua finalidade que é entregar adequadamente direitos, modernamente tem ganhado espaço teórico, diversos estudos sobre design de sistemas e processos para gerenciamento de disputas (DSD), ou ainda, Alternative Dispute Resolution (ADR), inseridos no contexto da justiça multiportas, soluções negociadas e negócios jurídicos processuais, desenvolvidos para litígios complexos com alta conflituosidade⁶⁴⁶.

Pode-se exemplificar o uso de DSD pelos Tribunais nacionais, quando se observa o desenho jurídico que desenvolveu a Fundação Renova para gestão de recursos financeiros no tratamento de conflitos, bem como o Programa de Indenização mediada (PIM)⁶⁴⁷, criado com revisão e apontamentos do Comitê Interfederativo que regula suas práticas, como desdobramento da reunião de ações judiciais que se sucederam após o rompimento da barragem de Fundão em Minas Gerais, em torno de uma ação coletiva, A Ação Civil Pública n. ACP nº 23863-07.2016.4.01.3800.

Aliás, a Fundação Renova se refere a uma experiência de adequação de um procedimento complexo em ambiente de inovação procedimental que envolve um processo estrutural, por meio de técnicas de gestão nesta interface de sistemas para resolução de disputas (DSD), denominada de “*Claims Resolution Facilities*”, ou entidades de infraestrutura específica para resolução de conflitos coletivos. Elas são criadas para “processar, resolver ou executar medidas para satisfazer situações jurídicas coletivas” extrajudicialmente, como meio eficiente para evitar o tratamento de milhares de casos individuais, casos repetitivos e ações coletivas pela via judicial⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ SANDER, Frank E. A.; BORDONE, Robert C.; MCEWEN, Craig A.; ROGERS, Nancy H. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013; FALECK, Diego. Introdução ao design de sistemas de disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 23, jul-set, 2009; ARAUJO, Nádia; FÜRST, Olivia. Um exemplo brasileiro de uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 91/104, p. 337-349, jan-fev 2014; ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2. ed. 2012.

⁶⁴⁷ Para saber mais sobre o projeto: <https://www.fundacaorenova.org/noticia/programa-de-indenizacao-mediada/>. Acesso em: 04 de março de 2019.

⁶⁴⁸ Para conhecer mais sobre o assunto: CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para resolução de conflitos coletivos: As Claims Resolution Facilities e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*. vol. 287. p. 445-483, 2019; AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. *Law and Contemporary Problems*, vol. 54, n. 4. p. 159-174, 1990; MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57. 2005. p.1361;

Nesse caso, sem adentrar no mérito da qualidade ou oportunidade do uso dessas novas técnicas que se desenvolvem contemporaneamente, o que se observa é que elas fazem parte da estrutura de ferramentas postas à disposição da corte para oferecer tratamento adequado ao conflito. Devidamente demonstrado o comportamento hermenêutico diferenciado da Corte e das partes, que estabelecem interações entre os procedimentos ordinários, veículos introdutores da controvérsia e ferramentas disponíveis para auxílio da corte na proteção do direito, passaremos a demonstrar que essa mudança de comportamento, implica na revisão dos princípios da demanda, adstrição e congruência, pensados para a tutela de direitos individuais.

4.2.3. A flexibilização dos princípios da demanda, adstrição e congruência nos Processos Estruturantes

Afirmou-se, no Capítulo 02, que sentenças estruturais são proferidas em cascata, ou por cadeias decisórias, porque permitem a revisão dos atos e o monitoramento do cumprimento das decisões. Soma-se a esse raciocínio a incerteza experimental da decisão que, por atuar de modo diferenciado do processo ordinário, realiza a adequação instrumental para a efetividade de seu comando.

Nessa linha de raciocínio, não apenas o instrumento, mas o próprio conteúdo, objeto da medida estruturante, poderá sofrer alterações, uma vez que, no início da demanda, a parte autora não possui dimensão e instrumentos técnicos e probatórios suficientes para constituir seus pedidos, de modo a garantir uma integral proteção dos valores constitucionais violados⁶⁴⁹.

Por sua vez, o artigo 319, IV do CPC de 2015, determina que o autor deva deduzir, na petição inicial, todos os seus pedidos e especificações, estando o juiz vinculado ao pedido do autor e a sentença guardar relação com todos os elementos expostos na inicial ou oportunamente

HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.175 ss; MULLENIX, Linda. Designing a Compensatory Fund: In Search of first Principles. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. n. 567. pags. 1-31, 2014.

⁶⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

alterados⁶⁵⁰. Trata-se do princípio da congruência, simetria, correspondência, correlação ou adstrição, inexistindo uma uniformidade de terminologia, mas que igualmente aduzem o mesmo limite⁶⁵¹, isto é, “a sentença deve ater-se aos elementos objetivos da demanda, tal como deduzidos na inicial ou acrescentados oportunamente (arts. 319, 321 e 329 do CPC)”⁶⁵².

Ainda há quem relacione a congruência com o princípio da demanda e inércia, limitando o juiz ao pedido⁶⁵³ e ao princípio dispositivo, que proíbe ao juiz apreciar fatos ou pedidos não deduzidos pelo autor, ou que não constem na demanda, relacionando esses institutos com o dever de neutralidade da Corte⁶⁵⁴.

O Código de Processo Civil ainda dispõe do princípio da correlação (artigos 141, 490 e 492 CPC), que impõe dever ao juiz de não deixar de apreciar os pedidos, mas o proíbe de conceder mais ou menos do que foi pedido, ou de modo diverso do postulado ou alegado pelas partes. O descumprimento dessa observância pode provocar, inclusive, a anulação da decisão (art. 489, §1. CPC)⁶⁵⁵.

Se levarmos em consideração tais premissas que se desenvolvem para a lógica tradicional oferecida para o tratamento individual de conflitos, certamente não haveria como flexibilizar os limites de julgamento do juiz no contexto de um Processo Estruturante. Isso ocorre porque, pela via tradicional de poderes, o juiz deve julgar estritamente de acordo com o que foi pleiteado, independente dos pedidos incluírem ou não a totalidade do direito material

⁶⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. Rio de Janeiro: *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. vol. 20, p. 148-163, 2018.

⁶⁵¹ CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo, LTR, 2010. p. 69-75.

⁶⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. Rio de Janeiro: *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. vol. 20, p. 148-163, 2018.

⁶⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002, p. 37; CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da correlação entre demanda e sentença. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 233-234; BRUSCHI, Gilberto Gomes. O princípio da congruência entre o pedido e a sentença, os vícios decorrentes de sua não observância e seu saneamento pelo Tribunal (art. 515, parágrafo 4º, do CPC). 2014. São Paulo: *Revista dialética de direito processual.*, n. 130, p. 25-42, 2014.

⁶⁵⁴ CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo, LTR, 2010, p. 109-112.

⁶⁵⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. Rio de Janeiro : *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. vol. 20, p. 148-163, 2018; CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da correlação entre demanda e sentença. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 234-236.

discutido. Essa afirmação, em suma, traduz o princípio da demanda e da adstrição⁶⁵⁶. A atuação jurisdicional tradicional é, desde seu início, limitada ao conteúdo da petição inicial, que restringe os poderes do juiz⁶⁵⁷.

Ocorre que, conforme mencionado no Capítulo 03, a própria adequação da tutela, em um contexto estrutural, implica flexibilizar o princípio da congruência, para realizar “certa atenuação da regra de congruência objetiva externa, que exige correlação entre a decisão e a demanda que ela resolve, de modo a permitir ao magistrado alguma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado”⁶⁵⁸.

A fim de viabilizar esse tratamento, verifica-se que os artigos 497, 498 e 499 do CPC/2015 propiciam abertura dogmática ao juiz no cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, bem como para que priorize a concessão de tutela específica ou determine as providências necessárias a assegurar o resultado prático equivalente.

Ora, se o ordenamento autoriza assegurar o resultado prático equivalente, pode-se objetivamente, identificar que, nas situações em que o cumprimento da obrigação não for possível, a concessão de determinado resultado, será diversa do que efetivamente se postulou, levando a prestação jurisdicional para uma realidade ordinariamente distinta, o que indica uma hipótese de flexibilização do pedido mediato, além de demonstrar que esse princípio não possui um caráter absoluto, conferido pelo ordenamento⁶⁵⁹. Essa mesma lógica de aplicação se revela no uso do artigo 297 do CPC, que permite, pelo juiz, aplicar medidas que considere adequadas para a efetivação da tutela provisória e proteção do direito material.

Ainda sobre flexibilização da congruência, Marcelo Pacheco compreende que a técnica é permitida para garantir eficiência e efetividade da tutela provisória e, sob esta ótica, deveria ser empregada também durante a fase cognitiva⁶⁶⁰. Neste ponto, fundamental o raciocínio de

⁶⁵⁶ CPC/15 - Artigo 322: O pedido deve ser certo.

⁶⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil* São Paulo: RT, 2018, vols. 1 a 3.

⁶⁵⁸ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael; Notas sobre as decisões estruturantes. Op., Cit., p. 56. 2017b.

⁶⁵⁹ Esse parece ser o entendimento de Marco Antônio dos Santos Rodrigues que ao analisar demanda em que se busca o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, verifica uma certa mitigação ao princípio da congruência tanto em relação ao pedido imediato quanto ao mediato. In: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 241-242.

⁶⁶⁰ Se referindo ao art. 461 do CPC/1973: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 214-215

Marco Antônio Rodrigues, segundo o qual a flexibilização da causa de pedir e do pedido impõe o exercício do contraditório, em respeito a não surpresa das decisões (art. 9. CPC) e da possibilidade de as partes influírem na decisão. A alteração da demanda deve ser proporcional a justificativa que se pleiteia e realizada sob a observância do devido processo legal para que o princípio da congruência seja mitigado⁶⁶¹.

Como o raciocínio final da decisão judicial (*decisiummaker*) não é binário, nem se limita a um pedido procedente ou improcedente para a parte, “a flexibilidade da congruência objetiva supõe, por isso, que a interpretação do pedido (art. 322, § 2o, CPC) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. [...] A interpretação do pedido é seguida de perto pela necessidade de interpretação das decisões em razão do conjunto da postulação e da decisão, por meio da boa fé (art. 489, § 3o, CPC)”⁶⁶².

Sérgio Cruz Arenhart também reconhece essa necessidade de atenuar o princípio da demanda para permitir ao magistrado certa liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado, a fim de adequar a decisão às particularidades do caso concreto⁶⁶³. Ao reconhecer que litígios complexos que demandam decisões estruturais, necessitam de uma modificação dos poderes da Corte (*inherent power*) para viabilizar a tutela perseguida, as partes abrem mão dos limites tradicionais de autoridade, reconstruindo os compromissos da justiça para com a realidade da tutela material, sem que isso signifique abrir mão da garantia de devido processo legal⁶⁶⁴.

Não obstante a óbvia necessidade de mitigação desses princípios para sucesso do procedimento, Sérgio Cruz Arenhart acredita que o princípio da demanda é uma regra imposta normativamente no processo civil brasileiro (art. 2º do CPC), o que pode gerar um efeito de perversidade sobre o resultado de mérito de um processo estrutural, porque condiciona ao autor ser capaz de realizar todos os pedidos que são necessários para a reparação do grupo logo com o protocolo da inicial. Ao limitar a atuação da Corte sobre os pedidos realizados na petição de ingresso, esses princípios ferem a proteção integral do grupo e do direito, pois, em

⁶⁶¹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 243-244 e 267-270; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 210-215.

⁶⁶² DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael; Notas sobre as decisões estruturantes. Op., Cit., p. 56.

⁶⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Op., Cit., p. 11, 2013.

⁶⁶⁴ Arenhart, Sergio Cruz and Osna, Gustavo, Complexity, Proportionality and the 'Pan-Procedural' Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation. *International Journal of Procedural Law*, v. 4, pag. 07-08, 2014. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2779681>.

determinadas situações, limitam os efeitos da decisão à apenas a parte dos sujeitos que compõem o grupo, ou a uma parcial reparação por desconhecimento de outros danos que se demonstram ao longo da instrução processual⁶⁶⁵.

Um pedido mal formulado, ou a atuação irregular e deficitária dos representantes ou do advogado, num processo estruturante, não deveria gerar uma decisão desfavorável a toda a coletividade titular do direito fundamental em questão. O Juiz “diante das evidências da insuficiência ou inadequação da tutela pretendida pelo autor na petição inicial, deve extrapolar os limites do pedido”⁶⁶⁶, desde que observadas algumas garantias. Em situações de processos estruturantes, em tese, deveria se permitir ao autor, até o fim da instrução probatória, quando devidamente fundamentado, adequar e modificar sua pretensão, facultando-lhe realizar ajustes em seu pedido e na causa de pedir, inclusive, para incluir novas pretensões, desde que possuíssem pertinência com a causa em debate e já estivessem, mesmo que de modo incipiente, veiculadas na demanda⁶⁶⁷.

Essa atenuação do princípio da demanda e da congruência terá forte impacto, no êxito ou no fracasso, da medida judicial, que vise à reestruturação de organizações, públicas ou privadas, em violações sistemáticas de direitos constitucionais. O autor da demanda, quando ingressa na ação judicial, não possui a exata dimensão da cadeia de atos ilegais praticados pela instituição, muito menos o alcance e a visualização das consequências que as modificações de comportamentos possam implicar⁶⁶⁸.

Marco Antônio Rodrigues não visualiza justificativa para manter a aplicação desses princípios, mesmo se o caso se apoiar em fatos de direito público, ou indisponíveis, se efetivamente demonstrado processualmente que a situação jurídica principal se modificou. Nessa situação, não faria sentido que o julgamento não correspondesse à alteração das

⁶⁶⁵ 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. 427

⁶⁶⁶ ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado-RPC, v. 1. n. 2. p. 211-229, 2015. p. 217.

⁶⁶⁷ NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; DAMASCENO DE CARVALHO FARIA, Ana Maria. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: CORDEIRO DE FARIA, Juliana; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes; MARX NETO, Edgard Audomar. (Orgs.). *Novas tendências. Diálogos entre direito material e processo – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Editora D'Plácido. 2018. p. 378.

⁶⁶⁸ VIOLIN, Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões política. Salvador: JusPodivm, 2013.

condições exequíveis do direito em jogo⁶⁶⁹. A fim de sistematizar os requisitos para adequar o processo as condições fáticas modificadas, Marco Antônio Rodrigues afirma ser preciso observar dois limites: (1) o respeito à garantia fundamental da liberdade das partes; (2) a manifestação dessas, por contraditório, sobre a alteração da demanda e a congruência dos pedidos, além da confirmação, após análise total da mudança dos fatos, de que a situação não se enquadra em má-fé ou abuso de direito⁶⁷⁰.

Ademais, o CPC prevê por meio do artigo 166, § 4º, que uma vez instaurada a mediação entre as partes, O judiciário deve preservar a livre autonomia dos interessados, inclusive sobre regras procedimentais. Nesse caso, o Ministério Público como fiscal da lei e garantidor de direitos, acompanha os atos praticados, a fim de verificar se eles observam o interesse público.

Em perspectiva intermediária entre o dever de observar a regra, e a possibilidade de atenuação, Jordão Violin acredita que medidas executivas atípicas, ainda que fundamentadas no processo de implementação de decisões estruturantes, devem ser vistas com cautela. Sua preocupação reside na falta de familiaridade do Poder Judiciário com o exercício de medidas coercitivas atípicas, quando aplicadas indistintamente, pois “se já são um problema no âmbito privado, podem tornar-se verdadeiro pesadelo em matéria de políticas públicas”.⁶⁷¹

Visando a sanar essa limitação dogmática, o Projeto de Lei 8.058/14, dispõe, em seu artigo 20, que o juiz, de ofício, ou ao requerimento das partes, altere a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, quando o ente público promover alguma política pública mais adequada, ou se as medidas determinadas na decisão se demonstrarem inadequadas para o atendimento do direito em questão⁶⁷². De igual modo, o Projeto de Lei 5.139/09, cujo objetivo era o de atualizar a atual Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), contém, disposta no artigo 16, a previsão para que, em ações coletivas, seja autorizada, às

⁶⁶⁹ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. A modificação da causa de pedir no processo civil. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014. p. 304

⁶⁷⁰ Ibidem., p. 232-233 e 267-270. 2014. Veja nota 270.

⁶⁷¹ VIOLIN, Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões política. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 229.

⁶⁷² Art. 20, acesso em 20 de Outubro de 2018, em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014

partes, a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que assegurado o contraditório e que isso não importe em prejuízo para o demandado⁶⁷³.

Nessa linha de raciocínio, Marinoni, Arenhart e Mitidiero acreditam que independente de mudanças legislativas, a possibilidade de flexibilização da demanda e da adstrição decorre do próprio direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, que impõe a primazia do mérito em detrimento de formalidades processuais. O adequado funcionamento da jurisdição reside “na apropriada identificação das necessidades substanciais do que deve ser tutelado em juízo”⁶⁷⁴ e na prioridade desse direito material, em relação às formalidades do processo.⁶⁷⁵

Por via de consequência, o processo individual e o processo coletivo, ao serem revisados para ganhos de eficiência em litígios complexos estruturais, reestabelecem os princípios da demanda, da adstrição e da congruência, ao contexto característico que os provimentos em cascata e o experimentalismo das decisões oferecem.

Desse modo, mudança fática no decurso da instrução processual, que reconheça a insuficiência dos pedidos para reparação integral do dano, é motivo para justificar a adequação necessária do processo à alteração da realidade factual. A seguir, passar-se-á à demonstração de limites e consequências sobre a viabilidade de processos estruturantes na reestruturação de organizações e em violações sistemáticas de direitos constitucionais.

4.3. Aspectos externos que influenciam o procedimento na reorganização institucional e suas etapas no desenvolvimento de decisões estruturais

Reorganizar comportamentos institucionais e burocráticos, por meio do Judiciário, comporta diversas limitações. A decisão estrutural deve alterar procedimentos internos da instituição e a mentalidade de seus empregados, além de lidar com resistências políticas, populares e sociais

⁶⁷³ Art. 16, acesso em 20 de Outubro de 2018, em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651669

⁶⁷⁴ CPC/15. Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁶⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 185.

à modificação dos comportamentos lesivos aos direitos fundamentais por meio de mudança social relevante⁶⁷⁶.

Críticos ao seu uso afirmam que o incremento de poderes judiciais para tutelar tais direitos não cumpre o objetivo de sua finalidade, além de desviar os esforços de diálogo e participação da sociedade civil, nas relações de Estado, para a esfera judicial, o que desestimula o debate político, pelo parlamento, para uma mudança de comportamento consistente⁶⁷⁷. O uso do judiciário para adjudicar uma agenda pública desmobilizaria os grupos sociais envolvidos que, para participar da decisão, são limitados por uma autoridade coercitiva, que impõe o dever de obediência⁶⁷⁸.

Susan Sturm desenvolve um conjunto de regras e medidas que devem ser observadas, na implementação de uma reforma estrutural, como forma de atenuar os riscos asseverados por críticas como as acima apresentadas⁶⁷⁹:

[trad] 1. Como as decisões relevantes consistem em normas geralmente articuladas entre si, principiológicas de modos a serem implementadas em diferentes contextos, elas não ditam o conteúdo da medida a ser implementada em casos específicos; 2. O tipo de averiguação necessária para elaborar a medida corretiva é de prognóstico e visa à solução de problemas, não à determinação da verdade e responsabilidade pelo ato; 3. Os alvos da ordem judicial tendem a ser organizações e sistemas que envolvem participantes com diferentes perspectivas e interesses em sua emissão; e 4. A participação das partes na formulação da decisão é um valor em si mesmo, devido à importância da cooperação e do respeito que a autoridade judicial deva ter pelas entidades públicas que buscam a conformidade de suas práticas.

Ainda que essas medidas sejam observadas, Joel Handler considera que nem sempre os processos estruturantes seriam eficazes para a produção de mudanças sociais significativas. Para comprovar sua afirmação, realizou estudo de caso sobre trinta e cinco julgamentos da Corte Federal dos EUA. Neles, pôde identificar experiências que cumpriram com seus

⁶⁷⁶ CUMMINGS, Scott L. e RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. *Fordham Urban Law Journal*, vol. 36, n. 4, p. 603-652, 2009.

⁶⁷⁷ SANDLER, Ross, SCHOENBROD, David. *Democracy by decree: what happens when courts run government*, 2003; TUSHNET, Mark. "Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century". *NUJS law review*. vol. 177, abr. 2011.

⁶⁷⁸ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 521-547.

⁶⁷⁹ No original: "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 is 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". STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5. 1991. p. 1377.

objetivos e outras que fracassaram, vindo a demonstrar que diversos obstáculos concretos com que alguns dos casos se depararam foram determinantes para o êxito ou insucesso da decisão, o que ocorreria independente da utilização dessa técnica processual ou da via tradicional de adjudicação⁶⁸⁰.

Gerald Rosenberg aponta que o êxito do Processo Estruturante dependerá da superação de três limitações inerentes à atividade jurisdicional. São elas: (1) a natureza vinculada das decisões às previsões legais e constitucionais; (2) a falta de independência efetiva do Judiciário em relação aos demais poderes, considerando a forma como os membros de tribunais superiores são escolhidos (indicação do executivo e sabatina do legislativo), e (3) a falta de instrumentos para desenvolver e implementar concretamente suas decisões, de modo independente⁶⁸¹.

Além da superação na atividade cognitiva dessas limitações, afirma que ao menos uma, de quatro condições, deve se fazer presente no caso concreto, para que a mudança social por intermédio dos tribunais seja eficaz: a existência de outros atores que (1) ofereçam incentivos positivos ou (2) imponham custos para induzir o cumprimento das ordens; (3) a possibilidade de que as decisões sejam implementadas pelo mercado, independente do setor público, ou ainda (4) as decisões funcionarem como um escudo ou justificativa para a implantação de políticas que as autoridades destinatárias já desejavam adotar⁶⁸².

De modo contrário, Scott Cummings e Deborah Rhode mencionam os benefícios indiretos que a intervenção judicial em interesse público numa instituição pode promover, ao conceder certo espaço privilegiado de visibilidade para a causa⁶⁸³. Afirmam que, em determinadas situações, o uso judicial é aconselhável, porque as forças sociais, necessárias para a modificação do comportamento pela via legislativa, encontram-se desmobilizadas, ou sequer possuem ciência das consequências perversas que o problema tutelado provoca, de modo que as limitações do uso de um processo estruturante não poderiam ser apresentadas no vácuo, apenas pela análise de certos insucessos, mas em vista das alternativas existentes e disponibilizadas para a Corte com o fito de solução do problema⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ HANDLER, Joel F. *Social Movements and the Legal System: Theory of Law Reform and Social Change*. New York: Academic Press, 1979.

⁶⁸¹ ROSENBERG, Gerald. N. *The hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2. Ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008, p. 163.

⁶⁸² *Ibidem.*, p. 163, 2008.

⁶⁸³ CUMMINGS, Scott L. e RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. *Fordham Urban Law Journal*, vol. 36, n. 4, p. 603-652, 2009.

⁶⁸⁴ *Ibidem.* Op. Cit., 2009.

No contexto nacional Edilson Vitorelli afirma que defender o uso de um processo estruturante como meio de mudança institucional pela via do Judiciário, não significaria entregar à autoridade da toga o papel de guardião de todas as esperanças de um povo. Mas, tão somente, que, diante de crises do processo coletivo e de suas insuficiências na adequação de conflitos, outros canais processuais e de poder poderiam viabilizar mudanças pretendidas por grupos sociais, cujos direitos são violados⁶⁸⁵.

Não obstante todas as preocupações que envolvem a real efetividade do processo estrutural para mudanças sociais significativas, compreende-se que os requisitos expostos por Gerald Rosenberg e Susam Sturm são relevantes e devem ser observados no empreendimento que visa uma reforma estrutural.

Reconhecendo-se que nenhuma das quatro condições indicadas por Rosenberg encontra-se presente ao julgamento de uma medida estrutural, e que as limitações inerentes à tutela jurisdicional não podem ser transpostas, de fato, o operador deve considerar que as chances de mudanças, por meio da via judicial, passam a se tornar pequenas, devendo a Corte e as partes indagarem se não caberia uma mobilização legislativa ou política para que as alterações institucionais necessárias ocorressem por outra via, ainda que sob mediação judiciária.

4.3.1. Das medidas dialógicas para implementação

Do ponto de vista processual, agrupa-se as ferramentas que propõem mudanças estruturais em dois grandes grupos: medidas dialógicas e medidas coercitivas⁶⁸⁶. No que se refere às medidas dialógicas, verifica-se que a proposta oferecida por Marco Antonio Rodrigues sobre a centralidade da cooperação e dos negócios jurídicos processuais ao longo do desenvolvimento do procedimento, compreende-se como primeiro passo para a estruturação de responsabilidades que visam o sucesso da implementação de qualquer medida judicial⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 521-547.

⁶⁸⁶ FACHIM, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 4, 1 ed., 2018. p. 223.

⁶⁸⁷ RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. *Op., Cit.*, p. 141-176.

Auxiliam neste recurso, a convocação da instituição, ou de instituições que podem ser alvos dos efeitos da sanção judicial, ou que neles possuam algum interesse, para que participem da elaboração do plano de implementação, contribuam com sua expertise sobre o assunto e ajudem o Judiciário no monitoramento da execução das tarefas. O envolvimento das partes e das instituições que terão responsabilidade assinalada na decisão, antes dela ser proferida, ainda que não sejam parte, auxilia na formatação do modo de execução, adequando o objetivo jurídico à realidade burocrática e limites orçamentários dos envolvidos nas tarefas necessárias para o cumprimento da Sentença⁶⁸⁸.

Ada Pellegrini Grinover exemplifica esse formato de cooperação institucional naquelas decisões que determinam a reestruturação de plano de vagas infantis em creches públicas. Para ela, uma Sentença proferida sem ouvir a Prefeitura Municipal sobre prazos de obras e construção de prédios públicos, ou ainda, as outras instituições cujo município se submete quando empenha recursos financeiros, torna inexecutável, por exemplo, a construção de cinco novas creches em apenas 15 dias, uma vez que a Fazenda Pública não funciona com essa velocidade⁶⁸⁹.

Nessa situação, tanto as instituições públicas, quanto as privadas, podem ser alcançadas pelos efeitos que mixam medidas de diálogo e coerção durante a execução e implementação da decisão. De fato, o judiciário não é possuidor de expertise necessária para definir sozinho como reestruturar instituições cuja atividade se refere a outros setores produtivos da sociedade e a aspectos técnicos do qual não domina⁶⁹⁰.

Assim, quando não se possuir certeza científica, ou soluções técnicas suficientes a fim de determinar o melhor caminho para implementar a medida, o sucesso da decisão dependerá, em grande medida, do envolvimento de instituições que possuem essa expertise, além das próprias instituições-ré, que devem se comprometer a atuar em conformidade com o que negociam, cabendo ao juiz controlar a boa-fé e a viabilidade das propostas para atingir os objetivos jurídicos delineados na sentença.

⁶⁸⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado-RPC*, v. 1. n. 2. p. 211-229, 2015.

⁶⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

⁶⁹⁰ EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction. *Yale law journal*, v. 99, n. 8, jun. 1990.

Susan Sturm denomina esse envolvimento das partes, na implementação da ordem judicial pela via dialógica, como barganha ou negociação. A Corte estabelece metas finais a serem atingidas e atua como mediadora no modo como as partes negociam os meios para atingir as metas previamente definidas, seja nos próprios autos, seja em reuniões extrajudiciais, com ou sem a supervisão de terceiros, tendo a possibilidade de o juiz controlar os atos e decidir em desfavor da parte que não cooperar⁶⁹¹. Quando as medidas negociadas não surtirem efeitos, ou o Judiciário verificar que mecanismos mais intensos de autoridade devem ser praticados, as medidas passam a ser coercitivas.

O Judiciário, portanto, a todo instante, realiza uma gradação de intensidades para o uso de sua autoridade, iniciando com mecanismos menos invasivos para cumprimento das soluções definidas pelas próprias partes, que se comprometem a executá-las, até ferramentas que forcem este cumprimento.

Medidas dialógicas são meios de execução menos invasivos e devem ter primazia para a implementação deste tipo de decisão. Não verificando efeitos relevantes a partir das medidas dialógicas, passa-se, subsidiariamente, às medidas coercitivas⁶⁹².

4.3.2. Das medidas coercitivas para implementação

Quanto ao aumento de intensidade coercitiva, Desirre Bauermann sustenta que o uso, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do instituto da multa, tanto coercitiva, quanto punitiva, na observância das prescrições de uma sentença estruturante, possui base normativa por meio do artigo 77, inciso VI e 497 do CPC, devendo ser proferida quando os compromissos negociados forem descumpridos⁶⁹³.

Contudo, mesmo após a aplicação de multa, existem situações em que a mera condenação pecuniária não surtirá efeito algum. A execução contra a Fazenda se demonstra um bom

⁶⁹¹ STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. *Georgetown Law Journal*, vol. 79. n. 5, p. 1355-1446, 1991.

⁶⁹² FACHIM, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 4, 1 ed., 2018. p. 224.

⁶⁹³ BAUERMAN, D. Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2012. p. 123-126.

exemplo, porque toda condenação pecuniária, neste contexto, converte-se em precatório (art. 100, da CFRB).

Ademais, existem situações em que os compromissos assumidos são descumpridos, não por vontade do administrador, mas por impossibilidade técnica, burocrática ou política de cumpri-los como previamente havia se engajado. Nesse caso, as medidas são reajustadas e se tornam mais realistas quanto à realidade fática, inclusive nos prazos, que passam a ser estipulados nos limites necessários para a implementação pela instituição⁶⁹⁴. Por fim, quando inviabilizada a cooperação, ou quando a aplicação de penas pecuniárias não for eficiente, inclusive as multas aplicadas em regime de “*soft obligation*”, a Corte passa a graduar mais intensamente sua autoridade para intervenções que julgue necessárias⁶⁹⁵.

As medidas coercitivas intensas são as mais emblemáticas e agressivas de um processo estruturante, e somente devem ser escolhidas como “meio executivo destinado à efetivação das prestações judiciais, empregado quando os mecanismos tradicionais, típicos e atípicos, não tiverem surtido o efeito desejado”⁶⁹⁶, tanto no contexto público, quanto no privado.

Caracterizam-se tais medidas enquanto atuação sub-rogatória. Vale observar que elas são aplicadas da seguinte forma: a Corte insere um servidor ou *expert* auxiliar do juízo, dentro da própria atividade exercida pela instituição, ou de modo menos gravoso, lhe incumbe a responsabilidade pela fiscalização e acompanhamento contínuo⁶⁹⁷ por meio de modos de intervenção judicial na realidade da instituição. A Lei 8.884/94, por exemplo, que regula o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), em seu artigo 63, prevê que a execução judicial das decisões do CADE poderá ser feita por qualquer meio, inclusive, mediante intervenção na empresa, quando necessária.

Os requisitos da lei acima mencionada se adéquam ao formado necessário para uso em processos estruturantes. Quando a obrigação judicial assumida pela empresa for complexa, a

⁶⁹⁴ DO VALLE, Vanice Regina Lírio. Desafios à Jurisdição em Políticas Públicas: O que se pode aprender com a experiência na Colômbia. WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

⁶⁹⁵ GISMONDI, Rodrigo Altenburg Odebrecht Curi. *Processo civil de interesse público e medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

⁶⁹⁶ GISMONDI, Rodrigo Altenburg Odebrecht Curi. *Processo civil de interesse público e medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 221.

⁶⁹⁷ *Ibidem.*, p. 221, 2016.

implementação da decisão demandará, em casos de fraude à sociedade, um fiscal, ou interventor, para garantir o cumprimento da decisão⁶⁹⁸.

Rodrigo Gismondi⁶⁹⁹ explana, didaticamente, que a intervenção judicial pode ser dividida em três diferentes formatos de atuação, separados em ordem subsequente de excepcionalidade e gravidade, a partir das funções exercidas pelo juiz na condução da execução estruturante, variando de intensidade, de acordo com sua maior ou menor ingerência na intervenção. São elas: (a) fiscalizatórias; (b) cogestoras; (c) substitutivas. Uma vez decretada a intervenção substitutiva, resta inadequada a cogestora e, decidindo o juízo pela última, permanece inapropriada a intervenção fiscalizatória⁷⁰⁰. Para o autor, o fundamento normativo da intervenção judicial, em instituições privadas, residiria na garantia constitucional do acesso à ordem justa (art. 5º, XXXV, da CFRB e art. 4º, do NCPC) e na cláusula geral de atipicidade dos meios executivos (art. 84, §5, da Lei 8.078/90 e art. 536, §1, do NCPC), se tratando de meio executivo que fornece completude às medidas estruturantes e, essencial, em casos de extrema resistência e colaboração do executado e ineficiência dos mecanismos dialógicos de efetivação das decisões⁷⁰¹.

A Legislação de proteção à Concorrência (Lei 12.529/2011), nos artigos 96 e 102 a 111, estabelece como requisito para a intervenção judicial: a prévia decisão fundamentada, indicação precisa de cada providência a ser tomada pelo interventor, nomeação judicial, tempo de duração da medida, objeto específico e determinado de trabalho, os deveres a serem observados pelo interventor e de que modo ele será remunerado⁷⁰².

⁶⁹⁸ Ibidem., p. 163-165, 2016.

⁶⁹⁹ Ibidem., p. 223, 2016.

⁷⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer a sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2 eds. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 273-275.

⁷⁰¹ GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público*. Op., Cit., p. 227, 2016.

⁷⁰² “Art. 96. A execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária; Art. 102. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor. Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado; Art. 103. Se, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, o executado impugnar o interventor por motivo de inaptidão ou inidoneidade, feita a prova da alegação em 3 (três) dias, o juiz decidirá em igual prazo; Art. 104. Sendo a impugnação julgada procedente, o juiz nomeará novo interventor no prazo de 5 (cinco) dias; Art. 105. A intervenção poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou; Art. 106. A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar e terá duração máxima de 180 (cento e oitenta) dias, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade. § 1º -Aplica-se ao interventor, no que couber, o disposto nos arts. 153 a 159 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. § 2º - A remuneração do interventor será arbitrada pelo Juiz, que poderá substituí-lo a qualquer tempo, sendo obrigatória a substituição quando incorrer em insolvência civil, quando for sujeito

Há, ainda, de modo radical, a previsão constitucional (art. 34 da CF), prevista também em norma regulamentadora (Lei 12562/11), para a intervenção política da União, quando se verificar estado de anormalidade ou exceção, não apenas em questões relativas ao território e à defesa nacional, mas também em campos como a economia, religião e cidadania(direitos do cidadão), que poderia ser realizada de maneira cooperada entre os atores públicos e institucionais envolvidos em um processo estrutural.

Esse modelo de intervenção constitucional pode surtir resultados no caso concreto, se tratando de medida excepcionalíssima, devidamente regulamentada por previsão contida nos artigos 34, inciso VI, 35 inciso IV, e 36, inciso II, da CFRB; bem como, artigos 19 a 22, da Lei 8.038/90⁷⁰³, artigos 350 a 354, do Regimento Interno, do Supremo Tribunal Federal⁷⁰⁴, e artigos 312 a 315, do Regimento Interno, do Superior Tribunal de Justiça⁷⁰⁵, sendo meio extremo e de difícil mensuração política de seus efeitos.

A imposição de medidas coercitivas nos processos estruturais deve levar em consideração um parâmetro básico de qualquer tutela executiva, qual seja, a concretização da atividade satisfativa, de modo a causar o menor gravame possível ao réu⁷⁰⁶. Isso é especialmente pertinente quando o réu for ente de Estado, considerando que a condenação recairá sobre o

passivo ou ativo de qualquer forma de corrupção ou prevaricação, ou infringir quaisquer de seus deveres.; Art. 107. O juiz poderá afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor, devendo eventual substituição dar-se na forma estabelecida no contrato social da empresa. § 1º - Se, apesar das providências previstas no caput deste artigo, um ou mais responsáveis pela administração da empresa persistirem em obstar a ação do interventor, o juiz procederá na forma do disposto no § 2º deste artigo. § 2º - Se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração ao interventor, o juiz determinará que este assumam a administração total da empresa; Art. 108. Compete ao interventor: I - praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução; II - denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e das quais venha a ter conhecimento; e III - apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades; Art. 109. As despesas resultantes da intervenção correrão por conta do executado contra quem ela tiver sido decretada; Art. 110. Decorrido o prazo da intervenção, o interventor apresentará ao juiz relatório circunstanciado de sua gestão, propondo a extinção e o arquivamento do processo ou pedindo a prorrogação do prazo na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda; Art. 111. Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, na forma dos arts. 329, 330 e 344 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Acesso em 20 de outubro de 2018, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm

⁷⁰³ Acesso em 20 de Outubro de 2018, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm

⁷⁰⁴ Acesso em 20 de Outubro de 2018, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf

⁷⁰⁵ Acesso em 20 de Outubro de 2018, disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Leis-e-normas/Regimento-Interno

⁷⁰⁶ FACHIM, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*. vol. 4, 1 ed., 2018. p. 212-249.

orçamento público, devendo, ainda, ser aplicada de igual modo às instituições privadas, uma vez que a reestruturação de práticas burocráticas sempre envolverá algum valor constitucional em jogo.

No âmbito dos provimentos estruturantes em instituições públicas, uma medida coercitiva possui especial relevância: o bloqueio de verbas públicas. O STJ e o STF reconheceram a possibilidade do bloqueio de verbas públicas em processos relacionados à entrega de medicamentos individuais – STF (RE 607.582) e STJ (Resp 1.069.810) – podendo ser aproveitadas, no que se refere aos processos estruturantes, em nome da sociedade destinatária da medida.

Jordão Violin identifica, ainda, outro potencial efetivo sobre o bloqueio dessas verbas: por razões políticas, o Administrador “se vê obrigado a cumprir a decisão judicial caso queira voltar a realizar obras que incrementem a sua popularidade e não estejam relacionadas a direitos assegurados pelo ordenamento”⁷⁰⁷.

Quando a intervenção judicial se referir a instituições públicas, Susana Henriques da Costa sustenta que o juiz deve, em primeiro lugar, atuar como mediador institucional, para garantir o cumprimento da sentença sem impor maiores restrições⁷⁰⁸. Para Owen Fiss, a atuação jurisdicional ganha novos contornos com a existência de organizações burocráticas no contexto social, visto que violações de direitos, especialmente direitos constitucionais, começam a não decorrer apenas de atos isolados, mas do resultado de um conjunto de práticas e dinâmicas institucionais (caráter estrutural ou sistêmico)⁷⁰⁹.

4.3.3. Conclusão parcial sobre a reorganização estrutural de instituições

Verifica-se, portanto, que processos estruturantes possuem mecanismos normativos para serem aplicados pela Corte na execução de decisões que visam reestruturar instituições e por serem utilizados em ambiente judicial, o uso dessas medidas devem observar certas características próprias de adequação sobre a realidade do litígio complexo, sem deixar de

⁷⁰⁷ VIOLIN, Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões política. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 256.

⁷⁰⁸ DA COSTA, Suzana Henriques. Processo Coletivo e Controle. Op., cit. p. 377-379.

⁷⁰⁹ FISS, Owen M. The Forms of Justice, ob. cit., p. 36.

aplicar garantias processuais que compõem o núcleo do devido processo legal coletivo mencionado no capítulo anterior.

O juízo encontra, à sua disposição, medidas dialógicas e coercitivas para implementação da decisão enfrentando os desafios de mudança social significativa pela via judicial, por meio de um modelo *town meeting*, de gestão do caso, devendo os atos processuais sofrer um reforço argumentativo por meio de juízo de proporcionalidade justificado aos problemas enfrentados, observando, ainda, superar de modo constitucional, ao menos três obstáculos que qualquer adjudicação judicial civil possui:

(1) O dever de vinculação das decisões às previsões legais; (2) a interdependência do Judiciário em relação aos demais poderes, considerando a forma como os membros de tribunais superiores são escolhidos (indicação do executivo e sabatina do legislativo), e (3) a falta de instrumentos para desenvolver e implementar concretamente suas decisões, sem levar em consideração outros *inputs* externos ao processo judicial.

Neste capítulo, objetivou-se ainda, apresentar como um Processo Judicial Complexo é tratado pela Corte Americana, como ele se estabelece em torno de uma mudança do padrão de responsabilidades do sistema de resolução de conflitos oriundo de tradição *common law*, incrementando os poderes instrutórios. Desse modo, foi possível verificar se no contexto brasileiro, a mudança no modo de estruturação do processo que adjudica direitos em litígios complexos também se realizaria da mesma forma.

Além disso, pretendeu-se relacionar os processos estruturais enquanto espécie do gênero processo judicial complexo no contexto americano, a fim de compreender que todo processo estrutural é um “Complex Litigation”, mas que nem todo processo judicial complexo será um processo estrutural, sendo o objetivo de reestruturar comportamentos institucionais o que lhe define e individualiza.

A partir dessas constatações, foi possível verificar que para recepcionar procedimentos estruturantes em processo judicial complexo à realidade brasileira, as premissas de readequação das responsabilidades tomadas pelo sistema adversarial americano, não devem ser recepcionadas em uma mesma intensidade, pois, isso ocasionaria um incremento ainda maior dos poderes instrutórios do juiz, que no ordenamento nacional de influências inquisitoriais oriundas da tradição civil de *civil law*, já possui grande primazia.

Nesse caso, a readequação das responsabilidades e do modo de resolução de conflitos no processo estrutural brasileiro, deve se desenvolver na convivência harmônica entre técnicas inquisitórias e adversariais, reestabelecendo a divisão dos trabalhos que retira a autonomia das partes para decidir sobre o modo como atuarão ao longo do procedimento, evitando-se o monopólio de escolhas processuais relegados a jurisdição, o que é possível sob um modelo cooperado e de forte incidência dos negócios jurídicos processuais sobre a formação da decisão processual.

Não obstante, as profundas transformações experimentadas no Brasil, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, inauguram novas aproximações entre os sistemas adversarial e inquisitorial, que sempre ocorreram, mas que passam a indicar ferramentas e potencialidades adequadas a estrutura de cooperação necessária à solução de um processo judicial complexo.

Por sua vez, essa recepção, sob nenhuma hipótese, se justifica sem que salvaguardar para se permitir o devido processo legal de seu uso, sejam observadas. Eventuais obstáculos jurídicos que envolvem a recepção comparada, na maioria das situações, podem ser superados por meio da interpretação sistemática do ordenamento, sob a unidade da Constituição, ao se priorizar o objetivo final e instrumental do processo, que é a realização integral do direito material adjudicado

CONCLUSÕES

A proposta de Edilson Vitorelli sobre a litigiosidade dos conflitos levados à jurisdição, se demonstrou aderente à proteção do direito material subjacente em processos estruturais. Relacioná-la com a perspectiva combinada da proposta de Zaneti Jr. e Didier Jr, sobre processos estruturais, permitiu o desenvolvimento desta pesquisa, cujo enfoque visa contribuir com a carência dogmática existente no ordenamento nacional sobre modelos e procedimentos diferenciados desenvolvidos para conflitos especiais. A pesquisa pode ser usada como ferramenta teórica que auxilie o ônus argumentativo sobre a alteração do procedimento tradicional, sem renunciar à garantia de um devido processo legal. Expor o objeto deste trabalho integrando os três autores supracitados, permitiu ressaltar no contexto nacional, tanto os aspectos e características estruturais apresentadas por Abram Chayes, como a lógica executiva e as ferramentas processuais inicialmente observadas por Owen Fiss.

Concluiu-se que o operador jurídico quando indaga a necessidade de um processo estrutural, deve estabelecer raciocínio a partir da lógica de conformação exposta na pesquisa. Assim, primeiro, deve-se identificar o tipo de conflito que envolve a discussão jurídica e se ele demanda o tratamento oferecido para um litígio irradiado, na forma indicada pela tipologia dos litígios coletivos de Edilson Vitorelli. Caso afirmativo, diagnosticando o direito material a ser protegido, deve-se observar se a ameaça ou lesão praticada pelas organizações burocráticas violadoras, não poderiam ser suficientemente eliminadas pelas regras que perfazem o processo tradicional.

O processo estrutural deve ser compreendido como medida excepcional e subsidiária ao procedimento ordinário, e uma vez aplicado, suas premissas alteram o modelo tradicional de resolução dos conflitos, buscando equilibrar o método de resolução (processo), com medidas necessárias ao julgamento do direito conflituoso durante eventuais colisões normativas ou de interpretação. A Corte ao se utilizar deste procedimento, reconhece a insuficiência do modelo ordinário para lidar com o caso concreto, passando a atuar de maneira dinâmica e experimentalista na conformação do procedimento junto com as partes. Neste caso, o reforço argumentativo para impor eventuais restrições ou inovações processuais, deve demonstrar intra-processualmente que a sugestão estrutural de conformação do procedimento ou da decisão judicial é necessária para adequar a tutela ao direito material adjacente.

Ao alterar a compreensão sobre o papel da Corte neste tipo de conflito, o processo estrutural recomenda ao Judiciário atuar como mediador institucional em um ambiente processual cooperativo e dialógico, como um gestor *town meeting*, abordagem que pode-se traçar paralelos no Brasil, com a centralidade que Marco Antonio Rodrigues confere a cooperação e aos negócios jurídicos processuais para a estruturação das responsabilidades que cada ator processual deve contrair para que qualquer medida judicial obtenha êxito numa sociedade democrática.

O amparo dogmático para essa perspectiva encontra-se na cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC), e ainda, nos artigos 5º, 6º, 7º, 8º e 9º do mesmo diploma. Trata-se de uma necessidade prática que se impõe ao procedimento, em função da complexidade que envolve esses litígios, cujas soluções demandarão expertise sobre assuntos os quais juízes e advogados não possuem domínio. Desse modo, decisões tomadas de forma vertical pela Corte ou unilaterais pelas partes, correm risco de serem ineficientes ou inexecutáveis.

Buscou-se ainda, sistematizar as características originais levantadas por Abram Chayes e Owen Fiss, indicando sua ressonância em estudos posteriores. As características abordadas possuem dupla função: (1) Servem como parâmetro para identificar um litígio estrutural, e ainda, (2) como premissas para orientação dos atos praticados na formação da decisão judicial. Ao reconhecer que o uso deste procedimento implica em nova divisão de responsabilidades e revisão dos limites de autoridade da Corte (*inherent power*), foram levantados os desafios que a conformação do procedimento pode trazer para que garantias a um processo justo continuem sendo observadas. Para que o procedimento não se transforme em uma atividade discricionária, isonômica ou autoritária, abordou-se a existência de um núcleo processual do devido processo legal que se compatibiliza com essa atividade, indicando a centralidade do contraditório reforçado, da participação dos ausentes e do controle da representação adequada como mecanismos de preservação das garantias fundamentais asseguradas pela Constituição para um processo justo.

Percebeu-se que se utilizar de alternativas a estrutura tradicional de adjudicação, não autoriza atuação livre e ilimitada do judiciário e das partes, mas justificada processualmente de forma contingente e racional, na exata medida em que permita a realização do interesse público na proteção do direito tutelado. Neste caso, foi possível identificar alguns critérios objetivos para

se auferir a legalidade dos atos praticados, sem abrir mão da flexibilidade necessária do procedimento desenvolvido de acordo com o contexto concreto dos casos levados à Corte.

A pesquisa comparada sobre devido processo legal no ocidente, indicou que tanto o sistema de *civil law* como de *common law* possuem compreensões comuns sobre esta garantia, agrupadas em torno daquelas condições necessárias para participar e influenciar a decisão judicial. Abordou-se que no Brasil, o devido processo legal atua enquanto limite-contingente sobre o exercício dos poderes no Constitucionalismo, pois, o direito a um procedimento justo encontra-se equiparado aos demais direitos fundamentais. Foi apresentada uma abordagem instrumental para adequação dessas garantias à realidade do conflito, tomando como exemplos alguns testes de verificação realizados em julgamentos americanos e discussões doutrinárias comparadas. Levantou-se, ainda, o debate doutrinário sobre a legalidade da técnica de representação coletiva brasileira, um formato *sui generis* de representação processual de terceiros. Se demonstrou que técnicas de representação da controvérsia pela via coletiva são necessárias para a tutela de conflitos de massa, expondo, contudo, as diferenças entre a representação dos ausentes nos EUA, cujo legitimado possui algum vínculo de direito material com o grupo, no Brasil, onde a legitimação extraordinária ocorre *in numerus clausus*, por previsão do artigo 5º. da Lei 7.347.85, o art. 1º. da Lei 4.717/65, e outras contidas no ordenamento e que reforçam a representação institucional dos ausentes nos conflitos, em detrimento da representação direta das vítimas no processo.

Estas técnicas de representação indicam aparente conflito entre a cláusula do devido processo legal (direito de ser ouvido na Corte) e a técnica processual para tratamento de direitos coletivos que demanda a necessidade de representação por terceiros. Essa contradição se acentua no contexto estrutural cuja relação conflituosa policêntrica, dificulta ainda mais a apreensão dos interesses e objetivos dos ausentes processuais. Contudo, a garantia de ser ouvido na Corte, não obriga o Judiciário a conferir o direito de participação direta da vítima em todos os processuais, mas a garantia de que seus interesses serão devidamente representados. Nesta condição, a participação no processo estrutural é justificada à medida que produz ganhos de eficiência para a adequada realização do direito material. Esse critério flexibiliza o direito de ser ouvido há intensidades diferentes, levado em consideração a aproximação da vítima com o epicentro do conflito instaurado. O Direito à participação, passa a ser compreendida como: (1) Requisito que compõe o núcleo do devido processo legal coletivo e ao mesmo tempo, (2) ferramenta que auxilia a Corte obter compreensão

panorâmica sobre os conflitos, a fim de apreender os interesses em jogo e responsáveis por implementar as medidas reparadoras. Ela assume uma finalidade instrumental que encontra amparo na garantia da duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII da CFRB) e implica considerar que, fórmulas prévias que sempre defendam maior participação processual dos envolvidos, devem também considerar que quanto mais atuação de terceiros no processo, maior o tempo processual para resolução da controvérsia, o que reduz as possibilidades efetivas de realização do direito material no tempo adequado à resolução do conflito. Assim, encontrar o equilíbrio entre representação direta e de terceiros, também se conforma condição para realização do direito de maneira adequada. Essa flexibilização implica avaliação *ope iudicis*, porque somente pode ser avaliada no caso concreto.

Utilizando-se da proposta de Edilson Vitorelli, tem-se que o grau de participação no processo, irá variar a partir da complexidade do litígio e da conflituosidade dos interesses envolvidos nos litígios globais, irradiados e locais, tratando-se do princípio da variância representativa. Neste caso, a participação dos ausentes será maior ou menor, à medida em que a identidade das pessoas afetadas pelo dano se revele mais clara, bem como maior determinável os efeitos proporcionados pelo dano no grupo de envolvidos. Dessa forma: (1) Litígios de difusão global em regra demandam menor grau de participação dos representados, porque eles são remotamente atingidos pelo resultado do processo, indicando baixa conflituosidade sobre a sociedade titular do direito e maior liberdade ao representante; (2) Litígios de difusão local, em regra, provocam alto impacto sobre a sociedade representada, sendo possível de determinar as vítimas ausentes no processo e os efeitos que o resultado do processo irá provocar perante esta comunidade, o que indica a necessidade de maiores oportunidades de participação processual e menor liberdade do representante para agir em nome próprio na formação dos interesses e em escolhas processuais que possam influenciar os titulares do direito; (3) Litígios de difusão irradiada, em regra, indicam que os danos podem ser percebidos localmente, globalmente, e ainda, de modo determinável e indeterminável sobre terceiros.

Como o litígio possui diversos grupos que sofrem em intensidades diversas, sugere-se que quanto mais próxima a lesão, ou os efeitos dos atos processuais praticados do núcleo social alvo da adjudicação, maior deve ser a participação dos membros para expor seus argumentos e influenciar na formação da decisão judicial. Por outro lado, à medida que os efeitos sobre os

danos percebidos, e dos atos processuais a serem praticados se afastam do epicentro do dano, maior a autonomia do representante para atuar no procedimento.

O fato de o devido processo legal se referir a uma cláusula vaga, não autoriza o legislador a restringir a participação do litigante apenas por razões de conveniência e oportunidade, porque ele se demonstra razão insuficiente para justificar restringir a garantia de representar diretamente o seu interesse. A combinação com o critério do controle *ope judicis* realiza o balanceamento necessário para indicar as razões que levaram a intensificar ou afastar a manifestação processual direta dos ausentes, desde que devidamente demonstre os motivos determinantes que indicam racionalmente um ganho de adequação da tutela. Trata-se de critério de adequação ponderado entre dois extremos de opiniões existentes sobre o modelo de processos coletivos no Brasil: (1) o modelo que reconhece apenas o legitimado extraordinário *ope legis* como apto a atuar processualmente em razão de sua previsão legislativa expressa, e o (2) modelo que defende a participação direta da vítima, sendo vedado que representar direito alheio em nome próprio, critério base do modelo processual civil individual (art. 18 do CPC).

Os atuais limites formais *lege referenda* do legitimado extraordinário, não vedam o desenvolvimento de mecanismos de participação das partes *ope judicis*, apesar de não os prever. Contudo, não havendo proibição legal, a construção jurisprudencial e doutrinária pode harmonizar o uso do modelo representativo *ope legis*, adequando-o ao devido processo legal coletivo, a partir da supervisão *ope judicis* sobre os atos do procedimento estrutural em desenvolvimento. Assim, será mais ou menos participativo o processo, quando proporcionalmente isso contribua com a solução adequada para o contexto do conflito. Logicamente, se a solução se verifica no contexto, qualquer recomendação ou inovação processual, nesse procedimento, deve vir acompanhada do contraditório, em razão da vedação de decisão surpresa (art. 9. do CPC), bem como da primazia de soluções negociadas (art. 190 do CPC) para a adequação da tutela aos objetivos que se pretenda perseguir.

Sobre os aspectos relacionados ao controle adequado da representação *ope judicis*, se verificou que o ordenamento brasileiro indicou o rol de legitimados extraordinários que são autorizados a propor uma ação coletiva, mas não regulamentou o controle da atuação dos representantes. Neste caso, ainda que se reconheça que técnicas processuais de representação são necessárias para tratamento dos conflitos de massa de maneira adequada, o exercício da

vontade do representante deve observar o devido processo legal e num ambiente estrutural, a partir de suas características. O Legitimado pode ser responsável pelo êxito ou fracasso sobre a reparação integral dos direitos das vítimas e proteção dos valores públicos envolvidos no litígio, o que implica mensurar o modo como suas funções são exercidas.

Na iminência vazio legislativo sobre controle adequado da representação, o uso da cláusula aberta prevista pelo artigo 139, IV do CPC, autoriza a Corte adequar o processo para assegurar o cumprimento da ordem judicial e os objetivos estruturais da tutela, sempre justificado por forte ônus argumentativo sobre o contexto fático que demanda esse raciocínio. Uma postura *town meeting*, ainda pode servir de estímulo para a Corte proferir decisões interlocutórias recomendatórias, indicando ao legitimado extraordinário, desenvolver mecanismos extraprocessuais de *accountability*, além de instrumentos técnicos que identifiquem os interesses do grupo, a partir da tipologia dos conflitos delineada, tais como a aplicação de questionários, a realização de *focus group*, pesquisas qualitativas, audiências públicas, dentre outros.

Sugeriu-se ao final, que o controle da representação se realiza ao longo de todo o procedimento, composto por duas etapas de verificação: (1) Na primeira etapa, parte-se do texto legislativo e da previsão *ope legis* de legitimados extraordinários (art. 81, do CDC e 5. da LACP) e se a parte se refere a um dos previstos em lei (2) Na segunda etapa, por meio de atividade *ope judicis*, são avaliados o tipo e conteúdo dos atos praticados pelo legitimado extra e intra-processualmente, como exercício da autoridade da Corte a fim de atingir os objetivos da tutela (artigo 139 do CPC), desde observe o contraditório, vedado decisão-surpresa (artigos 7º e 9º do CPC) durante o controle judicial da representação. Essa adequação da legitimação pela Corte, permite que as partes formais se manifestem e exponham seu ponto de vista sobre os critérios de avaliação e as recomendações realizadas pelo juiz. O exercício da atividade judicial deve avaliar os atos do representante, a partir de seus fins sociais e das exigências do bem comum, observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência dos atos praticados (art. 8º do CPC).

A autonomia individual dos sujeitos é mitigada durante o uso de técnicas de agregação de litígios individuais e de tratamento coletivo do conflito. Isso acentua a responsabilidade do Judiciário de monitorar de perto e com cuidado a representação, para verificar se ela incorre em vício que contraria a vontade dos ausentes. A intensidade com que o representante deve

permitir que as vítimas se manifestem sobre o procedimento, irá variar de acordo com sua atuação orbital, critério que toma por base a intensidade dos conflitos e reconhece que a qualidade da representação não pode ser avaliada abstrata ou universalmente. Aumenta a autonomia do representado, a medida que o objeto em análise diga respeito a interesses mais distantes do epicentro do dano (perspectiva global). De modo contrário, quando maior a possibilidade de gerar impactos e consequências a um grupo em sua perspectiva local, menor a autonomia do legitimado para atuar sem demonstrar que suas razões tomam por base um levantamento quantitativo e qualitativo dos interesses, bem como proporcionou mecanismos de prestação de contas e manifestações suficientes para agir conforme o caso. A atuação judicial deve identificar a eventual existência de conflitos, incentivando mecanismos que propiciem dialogicamente mecanismos para superá-los.

Encerrando a pesquisa levantada, o capítulo 04 pretendeu reagrupar a discussão sobre processos estruturais em torno da compreensão que identifica um processo judicial complexo no contexto americano. Após demonstrar a existência de diversos pontos em comuns entre os autores que diferenciam o processo estrutural dos demais procedimentos, pode-se constatar que são dois os critérios decisivos que recomendam o seu uso: (1) O contexto policêntrico dos interesses e irradiado dos danos que orbitam em torno das vítimas obrigando a modificação da estrutura bipolar do processo, para adequar o procedimento à realidade material posta a adjudicação; (2) A decisão que irá adjudicar o conflito policêntrico, que implica atividade estrutural de revisão de comportamentos institucionais para cessar a violação. Esse padrão decisório, extrapola o modelo clássico de reparação.

Quanto ao primeiro critério, verificou-se que ele não é exclusivo dos processos estruturais, porque inobstante asseverar a insuficiência do modelo bipolar para resolver o conflito, o tratamento processual para conflitos policêntricos em determinadas situações, não irá demandar a imposição de uma decisão estrutural para revisar os comportamentos institucionais violadores, mas tão somente uma decisão complexa. Se indicou como exemplos disputas contratuais, negócios internacionais, o formato de multi-composição das partes, as lacunas sobre o modo de controle da representação em *class actions*, critérios de competência para jurisdição civil e foro, formas de julgamento repetitivo, técnicas de agregação de litígios, além de resolução de determinadas questões de fato e de direito para o qual o processo ordinário não responde adequadamente. Neste caso, o litígio é complexo, demanda um comportamento

diverso do modelo ordinário, mas não demanda uma decisão estrutural de modificação institucional.

Identifica-se, portanto, um reagrupamento das opiniões em torno da *structural injunction* nos EUA, como espécie do gênero processo judicial complexo, que permite uma postura diferenciada da Corte por meio de mudanças sobre a distribuição geral das funções e papéis de cada sujeito processual, de acordo com a realidade do direito material. Neste caso, as características que reconhecem essa complexidade do litígio, não são exclusivas de um processo estrutural, se tratando de critérios que pretendam atingir eficiência da justiça e adequação da tutela ao direito.

Por sua vez, quando uma decisão estrutural é necessária, além do reconhecimento da complexidade do conflito, a Corte também reconhece a necessidade de uma carga estrutural sobre suas decisões (*remedy*) e desse modo o processo estrutural passa a ser uma entre outras formas possíveis de adjudicação dos casos complexos nos EUA. Foi a combinação entre normas de *law* e *equity* no contexto americano que permitiu adequar a doutrina do “*Rightful Position Principle*” à necessidade do caso estrutural. Uma vez constatado que a Corte não consegue responder com clareza como vai reparar, quando o fará e como irá, ao mesmo tempo proteger vítima e responsabilizar o agressor, a reparação do estado original da vítima torna-se impossível. Nesse contexto, as sentenças proferidas inicialmente pelas Cortes americanas em processos estruturais, indicaram que os objetivos de reestruturar comportamentos institucionais extrapolavam o padrão decisório que aplicava este princípio. A decisão estrutural gera consequências antes mesmo do julgamento, durante a reestruturação do procedimento e após, na fase executiva que permanece sob o juiz da causa. Com a análise dessa mudança decisória por abordagem comparada, pode-se diagnosticar que não necessariamente o direito violado determina o escopo e a natureza da sanção judicial, que pode extrapolar seus efeitos sobre a vítima, quando justificados a partir da necessidade de efetiva reparação do dano em perspectiva com o interesse público protegido.

Conclui-se, que em um processo judicial complexo, a tutela judicial busca relativizar determinados pilares processuais que sustentam modelos ordinários de resolução de conflitos judiciais. Por sua vez, as escolhas sobre os valores e o modo como a divisão de responsabilidades processuais se estabelecerá, difere no contexto de cada ordenamento, não podendo se afirmar que os efeitos experimentados no sistema judicial americano seja o

mesmo que ocorreria na realidade brasileira. Verificou-se também, que nos EUA, a característica acentuada sobre a divisão de responsabilidades, refere-se a um incremento dos poderes inquisitoriais da Corte, visando reequilibrar o caráter adversarial do procedimento.

Tem-se, portanto, que os estudos sobre processo judicial complexo, processos estruturantes ou processo judicial para interesse público desenvolvidos pela doutrina americana, visaram expor essas modificações no formato de disputa entre as partes e sobre suas responsabilidades processuais. Contudo, pretendeu-se diagnosticar que o modelo brasileiro de estruturação do processo, já dispõe de previsões legislativas sobre poderes instrutórios do juiz no sentido de garantir a realização do direito material. O processo no ordenamento é considerado um direito fundamental a se obter um processo justo, que se desdobra em uma atuação proeminente da Corte na busca da verdade processual, formação de provas e correção de assimetrias no julgamento do conflito.

O contexto que se desenvolve o processo civil no Brasil, ocorre pela via legislativa. Nesse caso, a dicotomia entre regras inquisitoriais ou dispositivas será demonstrada através das escolhas do legislador a respeito de temas que estruturam o procedimento, privilegiando um ou outro ao regulamentar normas de instauração do processo, produção de provas, delimitação do objeto litigioso, modo de identificação das questões de fato e de direito, sistema recursal, etc. Não existem vedações para que, no desenvolvimento legislativo, se imagine determinada solução processual, e se privilegie um princípio em detrimento do outro. Tal constatação demonstra que, no modelo brasileiro de processo civil, não haveria um sistema totalmente dispositivo ou inquisitorial, mas uma combinação entre ambos, certamente, ainda sob largas bases inquisitoriais.

Por tais motivos, não se recomenda a recepção do instituto, seja pela via do processo judicial complexo, ou do processo que envolve decisões estruturais, automaticamente, sempre como uma ferramenta de incremento das funções e autoridade das partes e das Cortes. Esta forma de estruturar procedimentos, pode ser mais bem compreendida para a realidade brasileira, com base no modelo de processo cooperativo, que permite forte diálogo entre tradições e culturas jurídicas, por meio de uma estrutura cooperada de trabalho. Constatou-se que o modelo jurídico brasileiro é historicamente vinculado à aporia da justiça, enquanto dever de correção, e à “boa razão”, como critério de razoabilidade, apresentando abertura para a recepção doutrinária de novas ideias, o inverso de um sistema normativo-histórico fechado, revelando a

força normativa da Constituição para o acoplamento de institutos de tradições jurídicas diversas.

No cenário em que o desenvolvimento de um processo judicial complexo, que se utiliza de uma medida estrutural, demanda atuação dinâmica e cooperada das partes, quando inserido na estrutura do processo cooperativo, esse formato permite calibrar o procedimento para proteger direitos de maneira efetiva, sem renunciar a um núcleo processual central ao devido processo legal para atingir esse objetivo. Assim, no contexto brasileiro o instituto estrangeiro não deve ser aplicado sob a mesma lógica praticada nos EUA para incrementar a autoridade do juiz na condução dos atos processuais, na realidade, ele deve ser compreendido como uma oportunidade de equalizar as relações entre os sujeitos processuais e a realidade multipartes ou policêntricas do conflito.

Esta obra pretendeu contribuir com os esforços de sistematizar a teoria do processo estrutural no Brasil, apresentando um panorama sobre as experiências de abordagem do problema em perspectiva comparada com as discussões nacionais sobre o tema e que se encontram em efervescência. Pretendeu-se uma leitura renovada do microsistema de tutela coletiva, sob a unidade da Constituição, indicando padrões decisórios adequados a realidade da tutela coletiva a partir de certa proteção de direitos que envolvem o devido processo legal. Ainda se expôs padrões decisórios e técnicas processuais já utilizadas pelo ordenamento estrangeiro, assim como no contexto nacional, que se tomados em perspectiva, podem contribuir com as pesquisas sobre o tema, oxigenando o processo civil para outros elementos de consideração que contribuam com decisões judiciais no contexto de proteção dos interesses sociais que impliquem mudanças de comportamentos relevantes.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- _____. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 4. ed., 2016.
- ALEXANDER, Lawrence. The relationship between procedural due process and substantive constitutional rights. *University of Florida Law Review*, Flórida, vol. 39, p. 323-343. 1987.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2003.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.
- _____. *Unoesc Robert Alexy International Legal Seminar*, Unoesc, Chapeco/SC, out., 2017.
- ALMEIDA SILVA, Marcelo de; DONADIA, André Oliva. Antidestiny, Antigragile and Antimet Aphysical: The discourse for a new model of institutional development. *Revista Aghatos*, Barcelona, vol. 8, pags. 213-220. 2017.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998.
- _____. A garantia do contraditório. *Revista Genesis de Processo Civil*, vol. 3, n. 10, p. 667-680, 1998.
- _____. A garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT. 1999. p 132-150;
- _____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.
- _____. O Formalismo-Valorativo no confronto com o formalismo excessivo, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 31, n. 137, p. 7-32. jul-2006.
- _____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 338p.
- ALVES, Gustavo Silva. *Ações Coletivas e Casos Repetitivos: Os membros do grupo e a convivência entre os modos de vinculação decorrentes do modelo brasileiro de processo*

coletivo. 2018 *Dissertação (Mestrado em Processo, Justiça e Constituição)* – Universidade Federal do Espírito Santo, UFES. Vitória/ES.

AMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

ANDRADE DOMINGOS, Pedro Luiz de. A atividade Jurisdicional Coletiva: Normas Processuais Fundamentais e o devido processo legal coletivo. In: DEL PUPO, Thais Milani; Pereira, Diogo Abineder Ferreira Nolasco (coords.). *Estudos sobre direito processual: homenagem ao processor Marcellus Polastri Lima*. Vitória: Ed. Conhecimento, 2019. pags. 473-492.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2. ed. 2012.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Ed. Juruá, 2005.

ARAUJO, Nádia; FÜRST, Olivia. Um exemplo brasileiro de uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, vol. 91. p. 337-349, jan-fev 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 504-527.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 225, p. 389-410, 2013.

_____. *A tutela coletiva de interesses individuais – Para além da proteção de interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, 427p.

_____; OSNA, Gustavo. Complexity, Proportionality and the 'Pan-Procedural' Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation. *International Journal of Procedural Law*, Paris, vol. 4. p. 1-18, 2014. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2779681>.

_____. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado-RPC*, v. 1, n. 2, p. 211-229, 2015.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 423-447.

_____. O regime da prescrição em ações coletivas. (não publicado)
Disponível em: [[www.academia.edu/219170/O regime da prescrição em ações coletivas](http://www.academia.edu/219170/O_regime_da_prescri%C3%A7%C3%A3o_em_a%C3%A7%C3%B5es_coletivas)].

_____; MITIDIERO, Daniel. O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. São Paulo: Ed. *Revista dos Tribunais*, 2017.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 28-65.

ASH, Elliott; CHEN. Daniel L.; NAIDU, Suresh. *Ideas Have Consequences: The Effect of Law and Economics on American Justice*. Junho-2017. Não publicado. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2992782>.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição a aplicação de princípios jurídicos*. 4.ed. rev. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O que é “Devido Processo Legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 163. p.50-59. Set-2008.

AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. *Law and Contemporary Problems Journal*, Durham, vol. 54, n. 4. p. 159-174, 1990.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 173-181.

_____. A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro. In: *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984 p. 183-192.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-221.

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil – quarta série*, São Paulo: Saraiva, 1989.

BARCELLOS, Ana Paula de. Sanitation rights, public law litigation and inequality: a case study from Brazil. *Harvard Health and Human Rights Journal*, Cambridge, n. 2, vol. 16, p.35-36, 2014.

BARRETO, Susana Cadore Nunes. Novo Código de Processo Civil e o microsistema de processos coletivos: uma análise do art. 18. In: ZANETI JR, Hermes. (Coord.). *Processo Coletivo. (coleção repercussões no Novo CPC)*. Salvador: Editora Juspodivm. p.26-47, 2016.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr-2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso no dia 10 de agosto de 2018.

_____. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 130, p. 131–153, 2005.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira, (orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 875–904, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BAUERMANN, D. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o direito processual*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de Pedir e Pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o direito processual*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Elementos da demanda, correlação e contraditório. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, vol. 20, p. 148-163, 2018.

BEN-SHAHAR, Omri. The Paradox of Access Justice, and Its Application to Mandatory Arbitration. *University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 83. pag. 1755-1816, 2016.

Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/paradox-access-justice-and-its-application-mandatory-arbitration>.

BERNARDINA DE PINHO. Humberto Dalla. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, São Paulo. vol. XIII. pags. 229-258, 2014.

BONE, Robert. Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion. *New York Law Review*, New York, vol. 67, n. 2, p. 193-295, 1992.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. STF. ADC 41, rel. min. Roberto Barroso, j. 8-6-2017, P, *DJE* de 17-8-2017.

_____. ADPF 186, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 26-4-2012, P, *DJE* de 20-10-2014.

_____. ADC 41, rel. min. Roberto Barroso, j. 8-6-2017, P, *DJE* de 17-8-2017.

_____. ADPF 186, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 26-4-2012, P, *DJE* de 20-10-2014.

_____. RE 597.285, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 9-5-2012, P, *DJE* de 18-3-2014, Tema 203.

_____. ADPF 54, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 12-4-2012, P, *DJE* de 30-4-2013.

_____. HC 84.025, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 4-3-2004, P, *DJ* de 25-6-2004; HC 124.306, rel. min. Roberto Barroso, j. 9-8-2016, 1ª T, *DJE* de 17-3-2017.

_____. HC 104.410, rel. min. Gilmar Mendes, j. 6-3-2012, 2ª T, *DJE* de 27-3-2012.

_____. ADI 5.136 MC, rel. min. Gilmar Mendes, j. 1º-7-2014, P, *DJE* de 30-10-2014; ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, *DJE* de 6-11-2009.

_____. ADI 4.451, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2018, P, *Informativo* 907.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. O princípio da congruência entre o pedido e a sentença, os vícios decorrentes de sua não observância e seu saneamento pelo Tribunal (art. 515, parágrafo 4º, do CPC). 2014. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 130, p. 25-42, 2014.

BUSCAGLIA, Edgardo. Law & Economics of the Human Rights to Access Justice. *Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, Berkeley, vol. 1. 1 ed. Disponível em: http://lajle.alacde.org/journal/vol1/iss1/3?utm_source=lajle.alacde.org%2Fjournal%2Fvol1%2Fiss1%2F3&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano 60, n. 2, p. 449-463, 2005.

_____. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, São Paulo, vol. 404. p. 3-41, 2009.

_____. *Nulidades no Processo moderno*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 120. , 2010.; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR, Fredie (Org). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, p. 133-192, 2012.

_____; ZANETI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para resolução de conflitos coletivos: As Claims Resolution Facilities e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 287. p. 445-483, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da correlação entre demanda e sentença. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 233-234, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparativist’s Contribution. *Buffalo Law Review*, Buffalo, vol. 25, p. 643-690, 1976.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm. 2016.

CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. LTR, 2010.

CARDOSO, Juliana Provedel. *O Modelo Brasileiro de Processo Coletivo: As ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Ed. Juspodivm, 2018.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual – Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 89, n. 7, mai-1976.

_____. The Supreme Court, 1981 Term: foreword: public law litigation and the Burger Court. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 96, n. 4, p. 24-22, 1982.

CHUEIRI, V. K. D.; GODOY, M. G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV* 11, São Paulo, vol. 6, n. 1, pag.159-174. 2010.

COHEN, Meir Dan. Bureaucratic Organizations and the Theory of Adjudication. *Berkeley Law Scholarship Repository*, Berkeley, vol. 85, n. 1. pags. 1-37,1985.

COSTA, Susana Henriques da. O Controle Judicial da Representatividade Adequada: Uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: DE SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil. 2009. p. 953-978.

_____. Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Geral do Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. nº 57, p. 207-243, jul./set. 2015.

_____. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; _____. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 397-419.

_____; FERNANDES, Débora Chaves, Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas – Relatório Brasil. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; _____. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, p. 359-380, 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 212, p. 25-56, 2012.

CUMMINGS, Scott L. e RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. *Fordham Urban Law Journal*, New York, vol. 36, n. 4, p. 603-652, 2009.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 5. ed., 2014.

DIDIER Jr., Fredie. Os três modelos de direito processual: Inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, 2011.

_____. ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 9ª ed., vol. 4, 2014.

_____. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*, vol. 229, p. 273-280, mar-2014.

_____. ZANETI JR., Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: Class Action, Ações associativas/Litígios agregados e o Processo coletivo: modelo brasileiro. *Revista de Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 5, n. 4, p. 01-35, 2014.

_____; ZANETI JR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – Espécies de processo coletivo no direito brasileiro: Aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 256, pags. 209-218, 2016.

DIDIER JR., Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. vol. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 345-258.

_____ ; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 353-368.

_____ ; ZANETI JR., Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael; Notas sobre as decisões estruturantes (notes about structural injunctions) - *Civil Procedure Review*, Brasil, v.8, n.1, p. 46-64, jan.-apr, 2017b.

_____ ; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 12a ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____ . *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 13a ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 5, n. 3, 2007. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/5/3/391/647381> Acesso em: 10 de março de 2019.

DO VALLE, Vanice Regina Lírio. Desafios à Jurisdição em Políticas Públicas: O que se pode aprender com a experiência na Colômbia. WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p.493-526.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 18. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

EASTON. Robert E. The dual role of the structural injunction. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 99., n. 8, p. 1983-2002, jun-1990.

EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 92. pags. 410-432, 1978.

EISENGERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. Cambridge: *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 93, n. 3, p. 465-517, 1980.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

- FACHIM, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 4, 1, p. 212-246, 2018.
- FALCÃO, Joaquim. et al., *II Relatório Supremo em números: o Supremo e a Federação*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2013.
- FALECK, Diego. Introdução ao design de sistemas de disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 23, p. 07-32, 2009.
- FEINBERG, Kenneth R. Creative use of ADR: the court-appointed special settlement master. *Albany Law Review*, Albany, v. 59. p. 881-893, 1996.
- FISS, Owen. *The Civil Rights Injunction*. *Indiana University-Bloomington School of Law, Indiana*, vol. 7, 1978. Coleção Adison Harris Lecture. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=harris>.
- _____. A Vision of the Constitution. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Cambridge, vol. 243. p.243-246, 1978.
- _____. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 93. n. 1. pags. 01-58, 1979.
- _____. The Social and Political Foundation of Adjudication. *Law and Human Behavior Journal*, Estados Unidos, vol. 6, n. 2, pags. 121-128, 1982.
- _____. Two Models of Adjudication. In: GOLDWIN, Robert; SCHAMBRA, William (Editores). *How Does the Constitution Secure Rights?* Washington: American Enterprise Institute Constitutional Studies, 1985. p. 36-49.
- _____. Free speech and Social Structure. *Iowa Law Review*. Iowa, v. 71. pags. 1405-1425, 1986.
- _____. A life Lived Twice. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 100. 5 ed. p. 1117-1129, 1991.
- _____. Capitalism and Democracy. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 13, n. 4, pags. 908-920, 1992.
- _____. The Allure of Individualism. *Iowa Law Review*, Iowa City, vol. 78, n. 5, p. 965-979. 1993.
- _____. The Political theory of the Class Action. *Washington and Lee Law Review*, Washington, vol. 53. pags. 21-31, 1996.
- _____. *The Irony of Free Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- _____. The Social and Political Foundations of Adjudication. In: *The Law as It Could Be*. Nova York: New York University Press, 2003. p.48-58.

_____ ; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives. An Introduction to Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

_____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. (tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles) São Paulo: RT, 2004.

_____. *Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School)*: Salão Nobre da Fundação Getúlio Vargas: São Paulo, 13 de junho de 2005 Organização: DIREITO GV e IDESP. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2810/direito%2008.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

_____. *El derecho como razón pública*. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *¿Por qué el Estado?* In: CARBONELLI, Miguel (org). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Ed. Trotta, Colección Estructuras y Procesos, p. 105-120, 2007.

_____. *Pillars of Justice – Lawyers and the liberal Tradition*. Cambridge: Harvard University press. 2017. 203pgs.

_____. *To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p.583-607.

FONSECA, Juliana Pondé. *O (des)controle do Estado no judiciário brasileiro: direito e política em processo*. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FREILICH, Robert H. *The Use of a Special Master in Complex Environmental Litigation*. Urban Lawyer Journal of American Bar Association, Estados Unidos, vol. 29, n. 1, p. 1-12, 1997.

FRIENDLY, Henry. *Some Kind of hearing*. *University of Pennsylvania Law Review*, Filadélfia, n. 123, pags. 1267-1317, 1975.

FULLHER, L.L, PERDUE, William R. *The reliance interest in contract damages*. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 46, n. 3, p. 373-420, 1937.

_____. *The Form and Limits of Adjudication*, *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 92. 353-409, 1978.

GARRETT, Brandon L. *Structural Reform Prosecution*. *Virginia Law Review*, Richmond, vol. 93, p. 853-957, 2007.

GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

GISMONDI, Rodrigo. Consensualidade e cooperação na execução judicial de políticas públicas: a subsidiariedade do modelo tradicional da execução-sanção diante do Novo CPC. In: ARAÚJO, José Henrique; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio. (ORGS). *Fazenda Pública*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, v. 3, 2016. pags. 705-738.

_____. Consensualidade e cooperação na execução judicial de políticas públicas: a subsidiariedade do modelo tradicional da execução-sanção diante do Novo CPC. In: ARAÚJO, José Henrique; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio. (Orgs). *Fazenda Pública*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 705-738.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. The defense of the transindividual interests: Brazil and Iberoamerica. In.: HENSLER, Deborah R.; HODGES, Christopher, TULIBACKA, Magdalena (eds), *The Globalization of Class Actions (The ANNALS of the American Academy of Political and social Science Series, march 2009)*. Disponível em: <https://law.stanford.edu/event/the-globalization-of-class-actions/>, acesso no dia 28 de outubro de 2018.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade de São Paulo, ed. 79, pags. 283-307, 1984. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>.

_____. Defesa, contraditório, igualdade e par conditio na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, (coord). *O processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1986

_____. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do curso de direito da faculdade de humanidades e direito*, Universidade Metodista, São Paulo, v. 7, n. 7, p. 29-35, 2010.

_____, WATANABE (coords). Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro:Ed. Forense, 2011.

_____. *Ensaio sobre a processualidade. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, Brasília: *Gazeta Jurídica*, 2016.

_____ ; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. Projeto de Lei n. 8058/2014 – Considerações gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 609-650.

_____ ; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

_____. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil . In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. D. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 423-448.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flavio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 625 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 178.

HADFIELD, Gillian K. The Cost of Law: Promoting Access to Justice through the (Un)Corporate Practice of Law. *International Review of Law and Economics*. 4. ed. Disponível por SSRN em: <https://ssrn.com/abstract=2333990>.

HANDLER, Joel F. *Social Movements and the Legal System: Theory of Law Reform and Social Change*. New York: Academic Press, 1979.

HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.175 ss

HENSLER, Deborah R.; HODGES, Christopher.; TZANKOVA, Ianika. (editores) *Class Action in Context. How culture, economics and politics shape collective litigation*. Londres: Ed. Edward Elgar, 2016, 428 pags.

HONNETH, Axel. A textura da justiça - Sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. *Revista Civitas Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, ed. 9, n. 3, pag. 345-368, set-dez 2009.

_____. *A Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34. 2009;

_____. *O direito da Liberdade*. Tradução de Saulo KRIEGER. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

JAFFE, Louis L. The citizen as litigant in public action: the Non-Hohfeldian or ideological plaintiff. *University of Pennsylvania Law Review*, Filadélfia, vol. 116. pags. 1033-1047, 1968.

JOBIM, Marco Félix. Tese (*Doutorado*) – Faculdade Direito, Pós-graduação em Direito Público, PUCRS. Orientador: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner, 2012. Acesso em 20 de Outubro de 2018 - <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4203/1/445030.pdf>.

_____. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 165.

_____. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil Brasileiro”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. ZANETI JR., Hermes. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 215-234.

_____. *A structural reform no direito brasileiro e a atuação democrática do Supremo Tribunal Federal na sua implementação*. In: ALVIM, Tereza Arruda; DIDIER JR., Fredie. (orgs). *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil* São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 1. 2018.

JOLOWICZ, John Anthony. Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation. *In: On civil procedure (Cambridge Studies in International and Comparative Law)*. Cambridge: Cambridge University Press, cap. IX, 2000. pags. 175-182.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36. n.144, pags. 239-260, 1999.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, vol. 53, n. 1. pags. 190-247, 2012.

LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao dialogo constitucional*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARCUS, Stanley (Org). *Manual for Complex Litigation*, 4 ed. Ed. Thomson West, Federal Judicial Center, 2004. Disponível em: <https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>.

MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. São Paulo: Ed. Juspodivm. 2014. 298 pgs.

_____. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em direito PPGDIR/URFGRS*, Porto Alegre, vol. X., n. 3, p. 253-283, 2015.

MAGALHÃES E GUERRA, Márcia Vitor de. *Substituição processual conglobante: novas observações sobre a substituição processual nos processos coletivos e a necessidade de controle judicial da legitimação adequada e da adequada representação*. (Dissertação de mestrado) - Universidade Federal do Espírito Santo. Orientador: Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr. Vitória. 2009

MAITLAND, Frederic Willian; CHAYTOR, Alfred Henry. *Equity also the forms of action at common law: two courses of lectures*. Cambridge: Cambridge University Press, 1910.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 486-520. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

_____ ; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

_____ ; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, vols. 1 a 3. São Paulo: RT, 2018.

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. *Revista de Processo*, vol. 289, p. 423-448, 2019.

MARTIN JR., Waldo E. *Brown v. Board of Education – A Brief history with documents*. Bedford and St. Martins's, 1. ed., 1998. 272p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação - Notas iniciais à leitura do Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Orgs.) *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. 1. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

_____. A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002 In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função social do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 377- 410.

_____. A 'intervenção móvel' da pessoa jurídica de direito publico na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6º, §3o da LAP e art.17§3o da LIA)”, in *Revista Forense*, São Paulo, ano 104, vol.400. p. 227-254, 2008.

MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, Stanford, vol.57. p.1361-1389, 2005.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MEYER, Emílio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: críticas às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MIXON, Donn. Procedural due process and the teacher. *Arkansas Law Review*, Little Rock, vol. 29. p. 87-103. 1975.
- MÖLLER, Kai. Balancing and the structure of Constitutional Rights. *International Justice Constitutional Law*, v. 5, n. 3. p. 453-468, 2007.
- _____. Proportionality: Challenging the critics. *International Justice Constitutional Law*, v. 10, n. 3. p. 709-731, 2012.
- MOREIRA, Egon Bockmann *et al.* *Comentários à Lei de Ação Civil Pública: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MULLENIX, Linda. General report – common Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; *os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 253-300.
- _____. Designing a Compensatory Fund: In Search of first Principles. *Stanford Journal of Complex Litigation*, v. 3, 4 ed., Coleção *Public Law and Legal Theory Research Paper 567* ed., pags. 1-31, 2014.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; DAMASCENO DE CARVALHO FARIA, Ana Maria. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: CORDEIRO DE FARIA, Juliana; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes; MARX NETO, Edgard Audomar. (Orgs.). *Novas tendências. Diálogos entre direito material e processo – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Editora D'Plácido, 2018. p.365-384.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.) *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad Ed., 1984.
- 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. 177-202.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional. Bogotá: U. *Externado de Colombia*, 2002, p. 16-20.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

POSNER, Richard A. Democracy and Distrust Revisited. *Virginia Law Review*, Richmond, vol. 641.. pag. 641-651, 1991.

_____. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

PUGA, Mariella. *La cuestión terminológica: Litigio estratégico, de impacto, complejo, de interés público, estructural*. (não publicado). Disponível em: https://www.academia.edu/30477259/Litigios_Complejos_y_la_Cuesti%C3%B3n_Terminol%C3%B3gica.pdf. Acesso dia 29 de outubro de 2018;

_____. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Palermo, ano 1, n. 2., pags. 41-82.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RESNICK, Judith. Managerial Judges. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 96, p. 376-448. 1982.

RHODE, Deborah L. Class Conflicts in Class Actions. *Stanford Law Review*, Stanford, vol. 34, n. 6, p. 1183-1262, 1982.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

_____. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: Câmara, Alexandre Freitas; Pires, Adilson Rodrigues; Marçal, Thaís Boia (Coords.) *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 259-271.

_____; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas publicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 141-176.

_____; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Princípio da eficiência processual e direito à boa jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 275, p. 89-117, 2018.

- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, vol. 89, p.1669-1698, 2011.
- RORT, Richard. *Objectivity, Relativism and Truth: Philosophical papers*. Cambridge University Press, v. 1, 1991
- _____. Verdade, universalidade e política democrática (justificação, contexto, racionalidade e pragmatismo). In: *Filosofia, racionalidade, democracia*. SOUZA. José Crisóstomo de. (Org.) São Paulo: Ed. Unesp, 2005. pags. 103-162.
- ROSEMBERG, Gerald. N. *The hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press. 2008.
- ROSENTHAL, Lawrence. Does Due Process Have an Original Meaning? On Originalism, Due Process, Procedural Innovation and Parking Tickets. *Oklahoma Law Review*, Oklahoma City, vol. 60, n. 1. pags. 01-52, 2007.
- ROSS. David. Do conflicts between class members vitiate class action securities fraud suits? *St. John's Law Review*, vol. 70. n. 2. p. 209-238, 1996.
- ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: De onde viemos, onde estamos e para onde vamos? *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, São Paulo, vol. XII, pags. 36-65. 2013.
- SANDER, Frank E. A.; BORDONE, Robert C.; MCEWEN, Craig A.; ROGERS, Nancy H. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 533-586.
- SCHOENBROD, David. Democracy by Decree: What Happens When Courts Run Government. New York Law School, *Public Law and Legal Theory Research Paper*. n. 02. pags. 01-13, 2003.
- SHAPIRO, Fred R; PEARSE, Michelle. The most-cited law review articles of all time. *Michigan Law Review*. St'Ann Arbor, vol. 110, n. 8, 1483-1520, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 798, São Paulo, p. 23-50, 2002.
- _____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014.

STURM, Susan. Normative Theory of Public Law Remedies, *Georgetown Law Journal*, Washington, vol. 79, p. 1355-1446, 1991.

TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer a sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84). 2 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003.

TALEKAR, Pradnya. *Conceptualizing Economics of Justice Delivery – Demand, Supply and Costs*. CCS Working Paper of Centre For Civil Society, n. 250, 2011.

TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, *Revista dos Tribunais*, 2019. 555p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, vol. 28. p.177-206, 2009.

_____ ; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 224, p. 121-153, out. 2013.

TIDMARSH, Jay., TRANGSRUD, Roger H. *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2002.

_____. Rethinking adequacy of representation. *Texas Law Review*, Austin, vol. 87, p. 1137-1203, 2009.

TILLER, Emerson H. Controlling Policy by Controlling Process: Judicial influence on regulatory decision making. *The Journal of Law, Economics, & Organization*. v. 14, n. 1. pags. 114-135, 1998.

TRANGSRUD, Roger H; HUMPHREYS, James F. Complex Litigation Lecture: The Adversary System and Modern Class Action Practice, *George Whashington Law Review*, Washington, vol. 76. pags.181-196, 2008.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault to human rights? *International Justice Constitutional Law*, New York, v. 7, n. 3. p. 468-493, 2009.

TUSHNET, Mark V. “Sir, Yes, Dir!”: The Courts, Congress and Structural Injunctions. *Georgetown Law Faculty Publications*, Constitutional Commentaries, 20 ed., p. 189-203, 2003.

_____. Some Legacies of Brown v. Board of Education. *Virginia Law Review*, Richmond, vol. 90, p. 1693-1720, 2004.

_____. “Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century”. *NUJS law review*, vol. 4, p. 177-187, abr-2011.

_____. A Response to David Landau (Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement, *Harvard International Law Journal*, Cambridge, vol. 53. p. 155-164. Abril, 2012.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law (University Textbook Series)*. 2. ed. vol. 1. New York: Foundation Press, 1988.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo, Malheiros, 2007.

VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias em litígios de reforma estrutural em la República Argentina. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p.63-84.

_____. *El remedio estructural de la causa 'Mendoza': Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación*. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, 43 eds., p.267-286, 2013. (Disponível em: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequence=1. Acesso dia 29 de outubro de 2018.

VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões política*. Salvador: JusPodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 248, p. 209-250, 2017.

_____. Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (orgs). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p.369-422.

_____. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos Conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 7., p. 147-177, jan-jun-2018.

_____. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. vol. 284, p. 333-369, Out-2018.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school Case. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 93, n. 3, p. 465-517, 1980.

_____. *From medieval group litigation to the modern class action*. Yale University Press, 1987.

_____. The misunderstood consequences of modern civil process. *Wisconsin Law Review*, Madison, p. 631-678, 1994.

_____. Re-financing civil litigation. *DePaul Law Review*, vol. 51, p. 183-217, 2001.

ZANETI JR, Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. *Revista Videre*, Dourados, ano 2. n. 3, Homenagem ao Prof. Dr. José Manuel de Arruda Alvim, p. 101-116, 2010.

_____. De la ley a la constitución. La positivación de los derechos difusos y colectivos em la Constitución Brasileña. *Revista jurídica del Perú*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo 126, p. 65-81, agosto-2011.

_____. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (coords). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011. p. 33-72.

_____. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. (Org.) *Processo coletivo – Coleção Repercussões do Novo CPC*, v. 8. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. 640 p.

_____. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: *Processo Coletivo (coleção repercussões no Novo CPC)* Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 26.47.

_____; MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo Valorativo e o Novo Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 272, p. 85-125, 2017.

_____. *O Ministério Público e o Novo Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. O Princípio da Cooperação e o Código de Processo Civil: Cooperação para o Processo. In.: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; NETO, Edgard Audomar Marx; REZENDE, Ester Camila Gomes Morato. *Processo Civil Contemporâneo. Homenagem aos 80 Anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: GEN/Forense/IBDP, 2018. p. 142-152.

_____. Os casos repetitivos no Brasil: Notas sobre a agregação de litígios no processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/15. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 7. p. 225-246, 2018.

_____. Hermes. O Valor vinculante dos precedentes. 4. ed., ampl. atual. Ed. Juspodvm. 2019.

_____; RODRIGUES, Marco Antonio. *Cooperação Internacional*. Coleção grandes temas do novo CPC. Ed. Juspodivm. v. 13, 1. ed., 2019.