

Desenvolvimento humano, acesso à justiça e processo coletivo-estrutural

Human development, access to justice and structural collective process

*Claudia Beatriz Matos Machado*¹

RESUMO: A preocupação central deste artigo foi investigar quais contornos o processo civil deve conter a fim de ser adequado ao tratamento de problemas estruturais ligados aos direitos humanos e efetivo para a função jurisdicional de atribuir significado concreto e aplicação aos valores públicos contidos na Constituição. Superando a teoria da autonomia do processo civil, arraigada aos valores dominantes no século XIX e à abstratização do homem difundidos nesta época, procurou-se repensar o conceito de jurisdição à luz da Constituição e propor um procedimento adequado ao caso concreto e, em especial, aos casos estruturais.

PALAVRAS-CHAVE: Processo coletivo, Processo estrutural, Problemas estruturais, Desenvolvimento humano, Direitos humanos.

ABSTRACT: The central concern of this article was to investigate what contours the civil process must contain in order to be adequate for the treatment of structural problems linked to human rights and effective for the jurisdictional function of assigning concrete meaning and application

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, cursa pós-graduação em Direito Empresarial e Econômico na Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST, recebeu o Prêmio Milton Vianna – Medalha de Ouro, por haver alcançado o primeiro lugar, com média geral 9,52, advogada.

to the public values contained in the Constitution. Overcoming the theory of autonomy in the civil process, rooted in the dominant values in the 19th century and the abstraction of man spread at this time, we sought to rethink the concept of jurisdiction in the light of the Constitution and to propose a procedure appropriate to the specific case and, in particular, structural cases.

KEYWORDS: Collective process; Structural injunctions; Structural problems; Human development; Human rights.

1. INTRODUÇÃO

Após a primeira metade do século XX, com o advento dos novos Estados Democráticos de Direito, houve uma nova roupagem ao que se entende por Direito, visto que incorporadas as promessas políticas e as utopias sociais ao próprio direito positivo, em constituições principiológicas, como a Constituição da República de 1988. Até mesmo os direitos individuais deixaram de “ser lidos sob um aspecto meramente formal e [adquiriram] um novo conteúdo *material* que lhes [conferiu] uma densidade axiológica renovada”²

Não obstante, esta mudança epistemológica não foi suficiente para alterar o plano material da sociedade, sobretudo em razão da efetivação dos direitos reconhecidos demandar recursos e esforços conjuntos das diferentes esferas do Poder e da sociedade civil, os quais, por vezes, são mal administrados e mal destinados, reforçando, assim, os problemas estruturais existentes na realidade social.

Nessa toada, surgiram os fenômenos gêmeos da politização do direito (incorporação dos anseios sociais ao próprio direito positivo) e da ju-

2 VALLE, Bortolo. Anotações da disciplina Direito, Poder e Justiça. Curitiba: UNICURITIBA, 2018.

ridicização da política (duas faces de uma mesma moeda), na medida em que o recurso ao Poder Judiciário foi a alternativa encontrada pelos sujeitos atingidos/inseridos nestes problemas estruturais – que, em regra, demandam políticas públicas para serem solucionados – a fim de reivindicar seus direitos violados.

Contudo, o processo civil tradicional, de raízes oitocentistas e de carga individualista, não acompanhou a densidade axiológica, abertura e maleabilidade características dos direitos constitucionais contemporâneos, não se mostrando hábil a analisar o problema numa perspectiva ampla o suficiente para possibilitar que as decisões proferidas não causem distorções nem consequências mais graves do que as existentes nos casos que se pretende alterar.

Por isso, considerando que estes fenômenos, ainda que se invoque a teoria da “separação dos poderes”, são uma realidade social que não se pode afastar, o objetivo deste artigo é investigar os contornos que o processo civil deve conter a fim de ser adequado aos problemas estruturais, especialmente os ligados aos direitos humanos, e efetivo para a função jurisdicional de atribuir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais.

2. ACESSO À JUSTIÇA E PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL

O processo civil tradicional não acompanhou os direitos e demandas sociais emergentes no último século, visto que fora pensado, conforme Bruno de Lima Picoli, para lidar com controvérsias privadas episódicas entre autor e réu, “abstratamente conformada[s] na fórmula da ‘relação jurídica processual’, em que se contrapõem *dois interesses unitários, diametralmente opostos*, a serem decididos numa lógica ‘o vencedor leva tudo’.”³

3 PICOLI, Bruno de Lima. **Processo estrutural**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018, p. 16.

A própria ideia de acesso à justiça, nos séculos XVIII e XIX, embora pudesse ser considerada como um direito natural, “significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”,⁴ não sendo uma preocupação do Estado efetivá-lo *na prática*, sobretudo porque entendia-se que sendo os direitos naturais anteriores ao próprio Estado, não necessitavam da atuação deste para a sua proteção.⁵ De acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “nos Estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente”.⁶

E, hoje, esta lógica individualista permanece inclusive nas ações coletivas, tendo em vista que a tutela coletiva nacional, segundo Sérgio Cruz Arenhart, “não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses”,⁷ pois o que a difere das demandas individuais é a existência de alguns entes legitimados à proteção de interesses de terceiros ou de toda a coletividade, através de uma representação mais aparente do que real.⁸ Isto porque “os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito”, além de o legitimado ativo possuir a prerrogativa de dizer o que a sociedade precisa, exige ou deseja, sem, no entanto, ter o dever de consultá-la ou de oportunizar a sua manifestação prévia.

4 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 9.

5 CAPPELLETTI, 1988, p. 9.

6 CAPPELLETTI, 1988, p. 9.

7 ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Instituto de Processo Comparado: **Revista de Processo Comparado**, 2016, p. 8. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

8 ARENHART, 2016.

Dessa forma, “mantém-se suas raízes no mesmo ideário do processo individual, carrega consigo os mesmos defeitos daquele e, portanto, não é capaz de servir de cenário para o debate de políticas públicas”,⁹ de modo que “os mesmos defeitos que se vê em um processo individual podem também ser vistos no processo coletivo”.¹⁰

Em vista disso, como pontua Marcella Ferraro, poderia ser questionada, devido a esta disparidade entre o direito material e o processual e à consequente inadequação da resposta dada aos litígios estruturais, a razão pela qual não se reconhece que “o Judiciário é realmente melhor no exercício da ‘jurisdição tradicional’ (a que o processo como usualmente concebido seria mais adequado)”,¹¹ restringindo-se, então, “sua atuação ‘ao que melhor sabe fazer?’”.¹² Ou, por outro lado, poderia ser invocado o argumento de que o Judiciário “não pode adentrar questões de competência ‘privativa’ e ‘discricionária’ do Executivo [...], em situações em que se depende de atuação da Administração Pública, ou que não pode fazer-se legislador”,¹³ justificando-se, assim, a falta de tutela dos direitos tanto na perspectiva individual quanto coletiva (o que não raras vezes acontece).

Embora estas fossem respostas mais fáceis, restringir a atuação do Poder Judiciário implicaria em não só violar art. 5º, XXXV, da Constituição, que prevê o direito à tutela jurisdicional efetiva e ao acesso à justiça, mas também desconsiderar um fenômeno político-social, de difícil reversão.¹⁴ É um fato inquestionável a ampliação da atuação do Judiciário em questões

9 ARENHART, 2016.

10 ARENHART, 2016.

11 FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 32.

12 FERRARO, 2015, p. 32.

13 FERRARO, 2015, p. 46.

14 FERRARO, 2015, p. 48.

complexas e policêntricas e no cotidiano controle jurisdicional de políticas públicas, o que, contudo, não decorre “puramente de previsões normativas ou de um ‘voluntarismo’ judicial”. Porém, em razão do recorte promovido no conflito pelos processos individuais, estas questões (acerca de políticas públicas) acabam reduzidas ao “simples debate entre um ‘direito subjetivo’ de determinado indivíduo frente ao Estado”.¹⁵

Exemplo dessa realidade são as ações de medicamentos,¹⁶ em que um sujeito específico pretende a concessão de certo remédio (em geral de alto custo ou de comercialização até então não aprovada pelos órgãos públicos que regulam o setor) com fundamento no direito fundamental à saúde.¹⁷ Embora o problema seja policêntrico e complexo e, ao fim e ao cabo, reflita um conflito acerca da política de saúde nacional, por ser tratado em uma perspectiva individual, deixa de ser visto como um problema extremamente grave e passa a ser abordado como uma discussão singela: “o direito fundamental à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a indivíduo determinado?”.¹⁸ De acordo com Arenhart, o problema é reduzido “a um conflito entre o direito fundamental à vida e à saúde (daquele que busca o medicamento como forma para sobreviver) *versus* o interesse patrimonial do Estado”,¹⁹ de modo que a controvérsia aparenta ser muito simples bem como evidente a sua solução.

Com esta atuação, além de não considerar os impactos da decisão na política pública de saúde nacional, o Judiciário condiciona a distribuição dos recursos reservados à saúde no país à ordem de ajuizamento das ações individuais, sendo alocados segundo “a) a maior compreensão do emprego

15 ARENHART, 2016.

16 Adota-se, aqui, o exemplo apontado por Sérgio Cruz Arenhart em seu artigo intitulado Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão.

17 ARENHART, 2016.

18 ARENHART, 2016.

19 ARENHART, 2016.

do Judiciário na tutela dos próprios interesses; b) a anterioridade do exercício do direito de ação; c) o mais alto nível cultural, econômico e social do requerente”.²⁰ Dessa forma, o processo acaba privilegiando aqueles que, em geral, estão em condições “menos desfavoráveis”, e não “aqueles que mais necessitam da proteção da política pública”.²¹

Nesta perspectiva, apesar da expressão “acesso à justiça” ser de difícil definição, é fundamental, consoante Mauro Cappelletti e Bryant Garth, para a identificação de duas finalidades básicas do sistema jurídico: a acessibilidade ao Poder Judiciário, de forma igual a todos, e a produção de resultados individual e socialmente justos.²² Porém, com o modo pelo qual problemas estruturais vêm sendo abordados em âmbito judicial (conformados no processo como um caso individual em que apenas os interesses daqueles que conseguem ter acesso ao Judiciário são considerados), tanto a primeira finalidade quanto a segunda não são atingidas de forma exitosa. A primeira, porque o que ocorre, na verdade, é a acentuação da falta de isonomia, e a segunda porque por vezes são proferidas decisões “autossuficientes”, que não consideram a necessidade de atuação das forças políticas para a sua implementação bem como as suas implicações na coletividade.

Diante disso, justifica-se a necessidade de se pensar os contornos que o processo judicial adequado deve conter, oferecendo-se ao magistrado “novos padrões de atuação e, sobretudo, maior flexibilidade na adequação de sua decisão àquilo que exija a situação concreta”.²³

20 ARENHART, 2016.

21 ARENHART, 2016.

22 CAPPELLETTI, 1988, p. 10.

23 ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. 2013. Disponível em academia.edu. Acesso em: 14 jul. 2018.

2.1 O que são problemas estruturais? Uma abordagem a partir da teoria das capacidades de Amartya Sen

De acordo com Owen Fiss, a função da jurisdição é atribuir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais. Devido à sua crítica à obediência exclusiva à regra da maioria e à teoria do defeito legislativo, segundo a qual “os tribunais devem deferência ao Poder Legislativo, em questões constitucionais, a menos que haja alguma razão para assumir que o processo legislativo esteja funcionando de forma inadequada”,²⁴ a preocupação dos seus estudos estava voltada à proteção da minoria.

Conforme o autor, “nenhum regime constitucional pode ser legitimado apenas [...] por meio do predomínio das instituições político-representativas majoritárias em detrimento dos órgãos jurisdicionais”,²⁵ pois, ainda que garantido a todos os grupos sociais a participação adequada no processo político e consideradas as preferências da minoria, esta pode ser vitimada no processo legislativo. Partindo do pressuposto de que a vitimização de minorias isoladas e sem voz muitas vezes é inerente ao próprio processo político, ainda que regular, chega à conclusão de que “a proteção da minoria deve ser buscada em outra dimensão e não em eventual defeito de participação no processo legislativo”.²⁶

Segundo Fiss, esta outra dimensão é a Constituição, cabendo ao juiz a tarefa de conferir significado aos valores nela contidos, sem, contudo, participar na política de grupos de interesses e falar em nome das minorias, pois, ao contrário disso, a jurisdição deve “interpretar a Constituição a fim de decidir o que é justo a partir do seu texto, da história e dos ideais sociais,

24 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 121.

25 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 121.

26 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 121.

e assim, se for o caso, dar tutela à minoria”.²⁷ Nesta perspectiva, já não é mais suficiente afirmar que a função da jurisdição em um Estado Constitucional é apenas *iuris dictio*, ou seja, dizer o direito, sobretudo em razão do seu dever de prestar a tutela prometida pelo direito material.

“Dar sentido aos valores públicos”, consoante Fiss, não diz respeito somente à declaração de quais valores merecem ou não proteção, “não é somente conferir significados específicos para esses valores – é, ademais, dar-lhes conteúdo operacional”,²⁸ concretizá-los, efetivá-los, atualizá-los, donde emerge o direito fundamental à tutela efetiva, construída a partir das necessidades do direito material evidenciadas no caso concreto, compreendidas à luz das normas constitucionais.²⁹

E a “reforma estrutural”, por sua vez, apresenta-se como uma modalidade de exercício da jurisdição, como uma compreensão mais ampla da função judicial, que “ênfatisa um aspecto essencial da jurisdição – a necessidade de dar efeito concreto ao conteúdo substancial do ordenamento jurídico”.³⁰

Conforme o autor, “direitos e medidas judiciais são [...] duas fases de um processo social único – a tentativa de dar significado aos valores públicos”.³¹ Enquanto “os direitos operam no domínio da abstração, as medidas no mundo da realidade prática”,³² de modo que a medida, por

27 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 122.

28 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 122.

29 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 127-129.

30 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 123.

31 FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade** / Owen Fiss; coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 97.

32 FISS, 2004, p. 97.

ter como propósito conferir eficácia ao direito declarado, deve a ele ser subordinada.

Assim, o produto do direito e da sua implementação (medidas judiciais) é o significado de um valor público (direitos + medidas judiciais = significado de um valor público).³³ Logo, o processo estrutural é o instrumento pelo qual há a implementação do direito declarado através da medida judicial tida como mais adequada ao caso concreto, alcançando-se, dessa forma, a finalidade da jurisdição: atribuição de significado social e expressão concreta aos valores públicos contidos na Constituição.

Ocorre que o objetivo deste trabalho é abordar as reformas estruturais não a partir dos valores constitucionais em sentido amplo, mas sim a partir do sentido específico dos direitos humanos, em especial os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Estes seriam espécie enquanto aqueles o gênero.

Nesta perspectiva estrita, o processo estrutural se apresenta como um instrumento para a promoção do desenvolvimento humano, ou seja, com a composição da equação³⁴ pelos direitos humanos, a finalidade da jurisdição seria, então, a promoção do desenvolvimento humano (direitos humanos + medidas judiciais = processo estrutural com a finalidade de promoção do desenvolvimento humano).

No campo filosófico, um importante estudo acerca do Desenvolvimento Humano foi elaborado por Amartya Sen, professor da Universidade de Harvard, que recebeu em 1998 o prêmio Nobel de Economia por seu trabalho sobre a economia do bem-estar social. A abordagem proposta pelo filósofo “é principalmente uma tentativa de ver o desenvolvimento como um

33 “Direitos e medidas judiciais, em conjunto, constituem o significado de um valor público” (FISS, 2004, p. 97).

34 Direitos + medidas judiciais = significado de um valor público.

processo de expansão das liberdades que as pessoas desfrutam”,³⁵ de modo que possam levar o tipo de vida que valorizam e almejam.³⁶

Sen justifica a importância intrínseca da liberdade humana como o objetivo preeminente do desenvolvimento através de duas razões diferentes (apesar de ressaltar que não são os únicos motivos que tornam a liberdade valiosa). A primeira diz respeito à implicação do aumento de liberdade: o crescimento de oportunidades para as pessoas buscarem seus objetivos (tudo aquilo que valorizam), pois, em suas palavras, “mais liberdade nos dá mais *oportunidade* de buscar nossos objetivos”.³⁷

Para o autor, a liberdade:

ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto da liberdade está relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos, não importando qual é o processo através do qual essa realização acontece.³⁸

A segunda razão, por sua vez, está ligada à possibilidade de se atribuir importância ao próprio processo de escolha, de modo que as pessoas possam, por exemplo, “ter certeza de que não estão sendo forçadas a algo por causa de restrições impostas por outros”.³⁹

35 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 52.

36 Segundo Amartya Sen, “ao avaliarmos nossas vidas, temos razões para estarmos interessados não apenas no tipo de vida que conseguimos levar, mas também na liberdade que realmente temos para escolher entre diferentes estilos e modos de vida.” (SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 261).

37 SEN, 2011. p. 262.

38 SEN, 2011. p. 262.

39 SEN, 2011. p. 262.

Assim, a expansão da liberdade é considerada tanto (1) o fim primordial quanto (2) o principal meio do desenvolvimento. Sen os chama, respectivamente, de “papel constitutivo” e “papel instrumental” da liberdade no desenvolvimento.⁴⁰

O papel constitutivo (fim) é relacionado à importância das liberdades substantivas (oportunidades reais) no enriquecimento da vida humana, as quais incluem capacidades elementares, como ter condições de evitar privações como a fome, subnutrição, enfermidades e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão, para citar alguns.⁴¹ Nessa perspectiva constitutiva, o autor afirma que “o desenvolvimento envolve a expansão dessas e de outras liberdades básicas: é o processo de expansão das liberdades humanas, e sua avaliação tem de basear-se nessa consideração”.⁴²

Para ilustrar o papel “constitutivo” da liberdade para o desenvolvimento humano, é valioso o exemplo apresentado por Amartya Sen. Imagine-se uma pessoa muito rica que seja impedida de se expressar livremente ou de participar de debates e decisões públicas. Ainda que do ponto de vista econômico esta pessoa não possa ser considerada desfavorecida, está sendo privada de algo que tem motivos para valorizar, o que, no entanto, não é levado em consideração pelas visões mais estreitas de desenvolvimento (baseadas no crescimento do produto nacional bruto ou da industrialização).⁴³

Como Amartya Sen ressalta, apesar de ser comum a indagação acerca da contribuição da liberdade de participação e dissensão política para o desenvolvimento, esta questão, à luz da ótica fundamental do desenvolvimento como liberdade, mostra-se mal formulada, uma vez que a participação

40 SEN, 2000, p. 52.

41 SEN, 2000, p. 52.

42 SEN, 2000, p. 52.

43 SEN, 2000, p. 52-53.

e a oposição política são partes *constitutivas* do próprio desenvolvimento, não podendo a sua importância ser medida a partir do grau de contribuição indireta a *outras* características do desenvolvimento. “Essas liberdades são parte integrante do enriquecimento do processo de desenvolvimento”.⁴⁴

Essa importância intrínseca da liberdade como um *fim* do desenvolvimento, porém, não afasta a relevância do papel instrumental da liberdade política como um *meio* para tanto, pois justamente o papel instrumental da liberdade diz respeito ao fato de que diferentes tipos de direitos e oportunidades “contribuem para a expansão da liberdade humana em geral e, assim, para a promoção do desenvolvimento”.⁴⁵

Conforme o filósofo:

A eficácia da liberdade como instrumento reside no fato de que diferentes tipos de liberdade apresentam inter-relação entre si, e um tipo de liberdade pode contribuir imensamente para promover liberdades de outros tipos. Portanto, os dois papéis estão ligados por relações empíricas, que associam um tipo de liberdade a outros.⁴⁶

Embora tenha discorrido sobre diversas liberdades instrumentais que contribuem, de forma direta ou indireta, para a liberdade global que as pessoas têm para viver como desejariam, Amartya Sen destacou cinco tipos de liberdade que, na perspectiva instrumental, merecem ênfase. São eles: (1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora.⁴⁷ Estas liberdades instrumentais, além de contribuírem para o incremento da liberdade constitutiva das pessoas, complementam-se umas às outras.

44 SEN, 2000, p. 52-53.

45 SEN, 2000, p. 54.

46 SEN, 2000, p. 54.

47 SEN, 2000, p. 55.

As liberdades políticas, amplamente concebidas, incluem os direitos civis e os direitos políticos associados às democracias. Abrangem as oportunidades de diálogo político, oposição e crítica, além do direito de voto de membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Referem-se às oportunidades que as pessoas têm para determinar quem deve governar e com base em que princípios, além de incluírem a possibilidade de fiscalizar e criticar autoridades, de ter liberdade de expressão política e uma imprensa sem censura, de ter a liberdade de escolher entre diferentes partidos políticos etc.⁴⁸

As facilidades econômicas, por sua vez, dizem respeito às condições materiais dos indivíduos, “são oportunidades que os [eles] têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção e troca”. São liberdades instrumentais ligadas ao desenvolvimento econômico do país, o qual produz reflexos nas condições econômicas da população, não só elevando as rendas privadas, “mas também possibilitando ao Estado financiar a seguridade social e a intervenção governamental de forma ativa”.⁴⁹

Já as oportunidades sociais são disposições importantes não só no âmbito privado, mas também no público. São relacionadas às áreas da saúde e da educação e facilitam tanto a manutenção de uma vida saudável, sem a interferência de enfermidades evitáveis e da morte prematura, quanto a participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas. Nas palavras do filósofo, “com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros. Não precisam ser vistos, sobretudo, como beneficiários passivos de engenhosos programas de desenvolvimento”.⁵⁰

48 SEN, 2000, p. 55.

49 SEN, 2000, p. 55-57.

50 SEN, 2000, p. 26.

Em especial, os grupos elencados acima evidenciam a suplementação mútua e o reforço recíproco das liberdades instrumentais para a promoção do desenvolvimento humano. O exemplo apresentado por Sen ilustra de forma ímpar esta relação. O analfabetismo pode ser um óbice não só à participação em atividades econômicas com um rigoroso controle de qualidade, mas também à participação política, em razão da incapacidade de ler jornais ou se comunicar por escrito com os demais indivíduos envolvidos em atividades políticas.⁵¹ Dessa forma, fica claro que “a privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica”.⁵²

A quarta categoria está atrelada à ideia de que a sociedade opera com alguma presunção básica de confiança e é denominada por Sen de garantias de transparência, as quais se referem “às necessidades de sinceridade que as pessoas podem esperar: liberdade de lidar uns com os outros sob garantias de dessegredo e clareza”. São garantias que têm um papel como inibidores da corrupção, de transações ilícitas e da irresponsabilidade financeira.

Por fim, a segurança protetora “é necessária para proporcionar uma rede de segurança social”,⁵³ de modo a impedir que pessoas presentes no limiar da vulnerabilidade devido a mudanças materiais que afetem adversamente suas vidas sejam reduzidas à miséria abjeta e até mesmo à fome e à morte. De acordo com Amartya Sen, a esfera da segurança protetora inclui tanto disposições institucionais fixas quanto medidas *ad hoc*, sendo exemplos das primeiras os benefícios aos desempregados e suplementos de renda aos necessitados, e das segundas, distribuição de alimentos e suprimentos em tempo de crise de fome coletiva ou em razão de desastres ambientais.⁵⁴

51 SEN, 2000, p. 56.

52 SEN, 2000, p. 23.

53 SEN, 2000, p. 57.

54 SEN, 2000, p. 57.

Diante do exposto, ainda que de forma breve, é possível perceber que o filósofo indiano não procura formular uma teoria da justiça ideal, que sirva para qualquer Estado e para qualquer tempo. Ao contrário, ele retira o foco das utopias conceituais do direito na tentativa de responder às questões mais urgentes da cidadania, colocando no centro da discussão os anseios e reivindicações das pessoas reais, através de uma reavaliação das prioridades da justiça e da política, pois, para ele, “as exigências da justiça têm de dar prioridade à eliminação da injustiça manifesta, em vez de se concentrar na busca prolongada da sociedade perfeitamente justa”.⁵⁵

Portanto, não se trata de defender e adotar como princípio de justiça (foco informacional) as liberdades formais que as pessoas possuem, mas sim buscar uma sociedade mais justa e desenvolvida através das capacidades que as pessoas desfrutam, ou seja, das oportunidades reais que elas têm a sua disposição, ligadas às liberdades substantivas e que as tornam realmente aptas a levarem a vida que almejam,⁵⁶ livres da interferência intrusiva dos outros, incluindo o Estado.⁵⁷

Assim, no que toca ao objeto deste trabalho – as chamadas reformas estruturais –, a teoria das capacidades de Amartya Sen apresenta duas contribuições: a primeira acerca da compreensão do que são casos estruturais e a segunda a respeito de qual é o papel dos juízes e do processo judicial estrutural.

Considerando a liberdade o fim primordial e o principal meio do desenvolvimento (processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam), situações de violação de direitos podem ser compreendidas como aquelas que ferem o papel constitutivo da liberdade (a oportunidade

55 SEN, 2011, p. 294.

56 “Já que a ideia da capacidade está ligada à liberdade substantiva, ela confere um papel central à aptidão *real* de uma pessoa para fazer diferentes coisas que ela valoriza.” (SEN, 2011, p. 288).

57 SEN, 2011, p. 338.

das pessoas levarem a vida que valorizam e almejam), que ocorre devido a uma interferência no processo de escolha, nas liberdades instrumentais necessárias para se alcançar o fim desejado.

Logo, é possível compreender os casos estruturais como situações ligadas ao papel instrumental da liberdade, que violam alguma ou algumas das liberdades instrumentais necessárias ao desenvolvimento humano, em especial os cinco tipos elencados por Sen (liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora).

Quanto à compreensão de qual é o papel dos juízes e do processo judicial estrutural, a contribuição da teoria das capacidades advém do seu caráter pragmático e da prioridade atribuída à eliminação da injustiça manifesta, não à busca prolongada da sociedade perfeitamente justa.

Nessa toada, o objetivo do juiz deve ser, através do processo, operar mudanças concretas e factíveis na estrutura posta sob questão, em uma perspectiva macro.⁵⁸ E justamente pela necessidade de uma mudança *factível*, é preciso compreender que o problema não terá uma única solução através de *uma* decisão, “da noite para o dia”. Pelo contrário, a mudança é gradativa, pois muitos são os caminhos para a eliminação da violação de direitos, devendo as medidas adotadas durarem pelo menos quanto dure a realidade social que elas procuram modificar.⁵⁹ Dessa forma, ainda que esta postura não gere o resultado mais efetivo do ponto de vista individual, implica em um expressivo ganho social, um sucesso estrutural.⁶⁰

Para tanto, os juízes devem ter consciência de que não são “todo-poderosos” (para usar a expressão adotada por Owen Fiss), tendo em vista que “não podem determinar todos os resultados, posto que parte deles depende

58 FERRARO, 2015.

59 FISS, 2004, p. 113.

60 FISS, 2004, p. 70.

de forças que estão além do controle judicial”.⁶¹ Visto que muitas vezes “o sucesso prático depende vitalmente das preferências, da vontade do corpo político”,⁶² mostra-se de extrema importância o diálogo e a colaboração entre as partes.

Ademais, é preciso o reconhecimento da importância de se levar em consideração os resultados das disposições sociais ao julgá-las e a sensibilidade para com as consequências da decisão, a fim de que ela não seja mais grave do que a situação que se pretende modificar.⁶³

Por fim, a teoria das capacidades reflete a “necessidade de atentar para o *bem-estar* das pessoas envolvidas ao julgar as disposições sociais e seus resultados”⁶⁴ (considerar os diversos interesses imbricados no caso estrutural). Dessa forma, o processo judicial estrutural é aquele que visa a eliminar violações de liberdades instrumentais para então haver a promoção das liberdades constitutivas (fim) e, assim, o desenvolvimento humano.

3. CONTORNOS DO PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL

Marcella Ferraro afirma que, embora Owen Fiss e Abram Chayes sejam dois autores centrais na discussão acerca dos litígios estruturais, nos EUA, suas obras não estão isentas de críticas. Segundo Ferraro, uma destas críticas diz respeito à concentração da preocupação no papel do juiz e a consequente exclusão do campo de análise dos “diferentes grupos, interesses e interações que esses litígios envolvem”.⁶⁵ Isso se confirma, de acordo com a autora, com a observação de Fiss de que “no processo estrutural, o

61 FISS, 2004, p. 100.

62 FISS, 2004, p. 101.

63 SEN, 2000, p. 79.

64 SEN, 2000, p. 79.

65 FERRARO, 2015, p. 109.

juiz confronta uma burocracia estatal para, operando a reforma estrutural, eliminar a ameaça aos valores públicos”,⁶⁶ bem como com a afirmação de Chayes de que “a figura dominante na organização e na condução do caso é o *juiz*, que teria passado a ser o criador ou gestor de formas complexas de remédios judiciais”.⁶⁷

A autora afirma que esta visão do fenômeno dos litígios estruturais, nos EUA, decorre das próprias características das decisões judiciais proferidas entre os anos de 1964 e 1974. Enquanto as decisões anteriormente proferidas, a partir do caso *Brown*, entre os anos de 1954 e 1964, eram divididas em duas partes, a primeira veiculando uma proibição genérica acerca da correição ou não de uma conduta, e a segunda uma determinação à autoridade competente para agir em prol da implementação de práticas no sentido de efetivar a declaração anteriormente proferida, as decisões posteriores “passaram a ser mais detalhadas, incluindo com mais especificidades o que deveria ser feito para implementar as reformas estruturais”.⁶⁸

Assim, o juiz assumiu um papel de protagonista na operação da reforma estrutural, pois, para além de declarar o que era ou não correto, por meio de uma proibição genérica, e determinar uma atuação positiva da autoridade competente, (sem, contudo, especificá-las, cabendo a esta elaborar um plano de ação para tanto), passou a pormenorizar quais medidas deveriam ser tomadas, bem como a fiscalizar a sua adoção, dando forma, então, ao denominado modelo de comando-e-controle,⁶⁹ caracterizado “por uma regulação ‘de cima para baixo’, operada de modo centralizado, tipicamente com um comando (como está no próprio nome) acoplado a uma sanção, para o caso de não ser observado”.⁷⁰

66 FERRARO, 2005, p. 109.

67 FERRARO, 2005, p. 109.

68 FERRARO, 2005, p. 109.

69 FERRARO, 2005, p. 111.

70 FERRARO, 2005, p. 111.

Dessa forma, a autora conclui que este modelo, além de concentrar o poder de decisão nas mãos dos juízes, leva à personalização destas decisões, na medida em que não advêm da instituição judiciária abstratamente concebida ou da pura aplicação do direito, mas sim da atuação de um juiz específico em contato contínuo com a burocracia estatal a ser reformada, o que, por um lado, aumenta o senso de responsabilidade do magistrado, mas, por outro, foca a análise excessivamente no juiz. Por isso, os críticos das ideias de Fiss e Chayes sugerem outra abordagem dos litígios estruturais, na tentativa de captar a amplitude deste fenômeno, não mais questionando *“como os juízes fazem política”*, mas sim *“como as cortes funcionam como uma arena de disputa política”*.⁷¹

Uma destas sugestões é o experimentalismo, proposto por Charles Sabel e William Simon, com uma perspectiva mais ampla, compatível com a policentria característica dos casos estruturais, e marcado, conforme Ferraro, pela participação dos interessados e negociação entre eles, pela adoção de objetivos gerais e critérios avaliativos, flexibilidade, revisão contínua e transparência.⁷²

A participação dos interessados e a negociação entre eles diz respeito à possibilidade de diferentes participantes atuarem no processo (ou serem chamados para tanto), ainda que não sejam formalmente partes, a fim de exporem, fundamentadamente, suas opiniões e colaborar para o sucesso da reforma estrutural, sobretudo porque o processo não é hierárquico, tampouco fechado.

Aliado a isso e à compreensão de que as informações sobre os problemas sob análise são limitadas e, por conseguinte, da impossibilidade de delimitação com exatidão e de antemão de todas as condutas a serem adotadas, surge a necessidade de estipulação de objetivos gerais e critérios avaliativos. Esta marca do experimentalismo, ressaltada por Ferraro, refere-se à

71 FERRARO, 2005, p. 110.

72 FERRARO, 2005, p. 114.

elaboração de normas gerais com previsão dos fins a serem alcançados, mas sem a especificação dos meios para atingi-los, competindo, pois, às partes determinarem as condutas a serem adotadas e, ao juízo, a designar procedimentos e critérios avaliativos do seu desempenho.⁷³

Nessa toada, devido à incompletude do conhecimento acerca do problema e dos seus desdobramentos, mostram-se necessárias a flexibilidade e a revisão contínua (terceira marca do experimentalismo) no sentido de permitir a alteração das políticas à medida que as questões vão surgindo, o que é possível em razão da provisoriedade e flexibilidade das normas impostas, pois o que há, na verdade, “é um processo de aprendizagem com a experiência, de modo colaborativo e construtivo”.⁷⁴ Nas palavras de Marcella Ferraro “se determinada meta, por diferentes razões, mostra-se posteriormente inadequada ou insatisfatória (ou até intangível), e já que é concebida desde logo como algo que pode ser modificado, sendo assim contestável, sujeita-se a alteração”.⁷⁵

Por fim, a transparência concerne à imprescindibilidade da publicidade dos critérios e dos procedimentos de avaliação do cumprimento das ações para alcançar os objetivos estabelecidos, através de um contínuo processo de monitoramento e revisão, que permite identificar o que houve de certo e errado, aprimorar as medidas futuras e, assim, obter sucesso e dotar a instituição de autonomia.⁷⁶ Dessa forma, “procura aumentar-se a quantidade de informações e a flexibilidade e contínua revisão, de modo que possíveis efeitos não desejados ou não imaginados não se concretizem ou ao menos não se consolidem”.⁷⁷

73 FERRARO, 2005, p. 115.

74 FERRARO, 2005, p. 115.

75 FERRARO, 2005, p. 115.

76 FERRARO, 2005, p. 116.

77 FERRARO, 2005, p. 116-117.

Não obstante, ainda que a perspectiva experimentalista “não seja a única possibilidade ou nem sempre encontre condições favoráveis para desenvolver ou para desenvolver-se por completo, [...] é útil [...] na conformação de um processo coletivo-estrutural no Brasil”,⁷⁸ cujos elementos, na linha do modelo apresentado, e conforme aponta Marcella Ferraro, são a participação e negociação; foco nos resultados; flexibilidade; e transparência. Porém, antes de adentrar neste ponto, seguindo o raciocínio desenvolvido pela referida autora, cumpre esclarecer o intuito da proposta do processo coletivo-estrutural, qual seja, “operar transformações concretas, não decisões autossuficientes”,⁷⁹ portanto, em um viés pragmático.

3.1 Viés pragmático

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, antes da teorização da autonomia do direito processual civil não havia distinção entre o direito processual e o direito material, pois “o processo nada mais era do que um procedimento ou um rito, visto como mera sequência de atos, destinados a permitir a aplicação do direito material violado”.⁸⁰ Ou seja, “o processo constituía uma série de atos que deveriam ser praticados como consequência da litigiosidade da relação jurídica de direito privado”,⁸¹ uma vez que não possuía outra finalidade senão servir ao direito material violado, por ser, ao fim e ao cabo, um “apêndice” deste, seu simples desenvolvimento.⁸²

Contudo, afirmam os autores que quando a atribuição de solucionar os litígios passou a ser vista como essencial ao Estado, o processo deixou de ser inserido no âmbito do direito privado e se desvinculou da finalidade de

78 FERRARO, 2015, p. 116-117.

79 FERRARO, 2005, p. 118.

80 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 423.

81 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 423.

82 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 423.

servir ao direito material violado, servindo, então, à jurisdição, como um instrumento através do qual “o Estado se manifesta com o objetivo de fazer valer o ordenamento jurídico”.⁸³ Nesta perspectiva, apesar de permanecer necessária a iniciativa das partes e o seu interesse para a instauração do processo, a jurisdição, nele expressa, passou a ser fundamental ao Estado, tendo em vista “a ‘descoberta’ de que o processo não era um mero rito de aplicação judicial do direito material violado, mas sim um instrumento através do qual o Estado exerce o seu poder”.⁸⁴

Esta mudança, conforme os autores, promoveu uma ruptura entre as ideias de processo (cujo fim era a atuação da lei) e de procedimento (ao qual nenhum fim foi atribuído), tendo a autonomia do direito processual se consolidado, sobretudo, com a obra de Oskar Bülow, intitulada Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais, na qual o autor propôs uma explicação da natureza do processo e expôs a sua teoria, conhecida como teoria da relação jurídica processual. Firmada nas premissas da autonomia do processo em relação ao direito material e da sua natureza pública, a teoria de Bülow sistematizou a “existência de uma relação jurídica processual de direito público, formada entre as partes e o Estado”,⁸⁵ com sujeitos determinados (juiz, autor e réu), objeto (prestação jurisdicional) e pressupostos próprios (propositura da ação, capacidade para ser parte e investidura na jurisdição daquele a quem a ação é dirigida),⁸⁶ bem como caracterizada pela existência de poderes, direitos, faculdades e correlatos deveres.⁸⁷

83 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 423.

84 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 425.

85 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 426.

86 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 426.

87 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 426-427.

Ocorre que o conceito de relação jurídica processual, bem como o de relação jurídica de direito privado, devido à sua fonte comum, a pandectística alemã, estão arraigados aos valores dominantes no século XIX e à abstrativização difundida nesta época, que transformou o homem em apenas um dos seus elementos, “sem vida nem humanidade, mais um objeto do que um ser concreto ou um homem de carne e osso”.⁸⁸ Entretanto, hoje, enxergar o processo somente como um instrumento para atuação da lei, de maneira neutra e descompromissada com a realidade social, implica em negar as transformações ocorridas com o advento dos Estados Constitucionais e a expressiva relevância do próprio processo para a efetivação da democracia.⁸⁹

Em vista disso, partindo-se do pressuposto de que a jurisdição tem a função de atribuir significado aos valores públicos contidos na Constituição e de que o processo é o instrumento através do qual esta finalidade é alcançada, mostra-se necessária a sua construção em consonância com as necessidades do direito material, mediante o oferecimento às partes e ao juiz de procedimentos adequados às particularidades da tutela pleiteada.

Mas não apenas isso. Marcella Ferraro ressalta que, embora a adequação do processo civil ao direito material seja essencial à efetividade da tutela jurisdicional, não é, por si só, suficiente para tanto, pois também é imprescindível a consideração das circunstâncias fáticas do caso concreto, como as dificuldades práticas de solucioná-lo.⁹⁰ Ou seja, “o processo não apenas deve, como módulo legal, atender às expectativas do direito material, mas também deve dar ao juiz e às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias para atender às particularidades do caso concreto”.⁹¹

88 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 428-429.

89 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 435.

90 FERRARO, 2015, p. 118.

91 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 454.

Por isso, a autora afirma que “não é possível cogitar um ‘procedimento especial’ (único) para os litígios estruturais, [pois] o modelo de processo é outro, e o procedimento tem de variar conforme as necessidades concretas”.⁹² Apesar da teoria da autonomia e neutralidade do processo civil pressupor a possibilidade de existir um único procedimento “suficiente para garantir tutela adequada aos mais variados casos concretos”⁹³ e não haver dúvida de que processo e direito não se confundem, sendo aquele instrumento deste, não é possível cogitá-lo em dissonância com o que ocorre nos planos da realidade social e do direito material.

Em razão disso, a conclusão de que se faz necessária a criação de um procedimento adequado ao caso concreto, em um viés pragmático, que “procura ‘resolver problemas reais, fornecendo meios concretos de atuação e decisão’, [...] inclusive lançando mão de técnicas e soluções processuais não previstas expressamente na legislação”.⁹⁴ Uma proposta com “base [em] um juízo pragmático acerca de quais são concretamente as capacidades existentes ou não para resolver o litígio estrutural ou sobre como, se inexistentes, gerá-las”,⁹⁵ na tentativa de se operar transformações concretas, distanciada, portanto, das chamadas decisões autossuficientes.⁹⁶

Embora seja possível lidar com alguns problemas estruturais mediante decisões autossuficientes, que independem de uma ordem direta ou da supervisão judicial continuada da medida estabelecida, isso ocorre devido à natureza do que se pleiteia, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, a qual, ainda que vise à produção de mudanças concretas, independe de uma atuação positiva, de uma ordem direta ou

92 FERRARO, 2015, p. 119.

93 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 458.

94 FERRARO, 2015, p. 120.

95 FERRARO, 2015, p. 121.

96 FERRARO, 2015, p. 122.

supervisionada, para além da declaração, pois a seu turno produzirá, por si só, as alterações desejadas. Contudo, outro é o foco desta pesquisa. Na linha do trabalho desenvolvido por Marcella Ferraro, a preocupação aqui está voltada à “hipótese da insuficiência das alternativas uma decisão declaratória ou constitutiva ou, até mesmo, de uma decisão de outra natureza, mas que não venha acoplada à supervisão judicial”.⁹⁷ Isto é, “quando é necessário o prolongamento do processo para acompanhar a implementação da solução cogitada ao problema estrutural”.⁹⁸

Portanto, pensar em um processo conforme às próprias características dos casos estruturais (causalidade complexa, prospectividade, imbricação de interesses, factibilidade e participação), casuisticamente, “não só é necessári[o], como possível. Primeiramente, porque o direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva (art. 5º, XXXV, da Constituição) tem como um de seus corolários o direito ao procedimento adequado ao caso concreto”.⁹⁹

3.2 Elementos do processo coletivo-estrutural

Em virtude das próprias características dos casos estruturais (causalidade complexa, prospectividade, imbricação de interesses, factibilidade e participação) e da proposta pragmática do modelo experimentalista, Marcella Ferraro aponta como elementos do processo coletivo-estrutural a participação e negociação, o foco nos resultados, a flexibilidade e a transparência.

Afirmar que a participação e a negociação são elementos do processo coletivo-estrutural implica em afastar o processo do paradigma vencedor-perdedor e pensá-lo a partir de uma lógica diversa, como um espaço

97 FERRARO, 2015, p. 126.

98 FERRARO, 2015, p. 126.

99 FERRARO, 2015, p. 168-169.

aberto para o diálogo não só entre as partes, mas também entre diferentes atores com interesse na causa e *de interesse* para ela, além do próprio juiz, mediante uma participação ativa e abandono de “eventual papel passivo que ainda se entenda que possa desempenhar no processo individual ou coletivo bipolarizado”.¹⁰⁰

Esta mudança de racionalidade no que toca à participação, de acordo com a autora, ocorre, basicamente, em duas dimensões: “a coletivização das partes e a participação para além das ‘partes formais’”.¹⁰¹

Primeiro, em razão do caráter coletivo da violação de direitos, não é possível individualizar o titular ou os titulares do direito violado, sendo necessária a coletivização da parte, caso o próprio titular do direito já não seja a coletividade, hipótese em que um legitimado ativo atuará em seu nome. Tampouco é possível definir os agentes ativos das condutas, porque tendem a abstratizar-se, motivo pelo qual também serão representados pelo ente ou entidade, pública ou privada, juridicamente responsável.¹⁰² Ademais, “podem ser diversos aqueles que seriam responsáveis pela violação dos direitos e, não sendo viável a participação de todos, pode cogitar-se, aí, o uso de uma técnica de coletivização passiva do processo”.¹⁰³

Além disso, Ferraro também destaca a necessidade de ampliação da participação a diferentes atores, de forma espontânea ou mediante provocação, ainda que não enquadrados formalmente como “partes”. Atores estes com interesse na causa e de interesse para a sua solução, ou seja, aqueles afetados pela reforma estrutural que se pretende operar ou com experiência técnica acerca dos problemas postos em questão, bem como aqueles com

100 FERRARO, 2015, p. 129.

101 FERRARO, 2015, p. 128.

102 FERRARO, 2015, p. 129.

103 FERRARO, 2015, p. 129.

poder para auxiliar ou oferecer resistência à sua implementação.¹⁰⁴ Conforme a autora, esta ampliação se estende inclusive aos demais poderes, de modo a viabilizar uma interação interinstitucional na qual todos “de uma maneira conjunta viabilizem o dimensionamento do problema e a construção de potenciais soluções”, o que, no entanto, não se restringe às “autoridades que controlam as respectivas instituições, [alcançando] diferentes órgãos públicos, também os ditos técnicos, para aumentar e aprimorar a informação disponível”.¹⁰⁵ Acrescenta que também deve haver participação da própria Academia e da sociedade civil, bem como de “figuras mistas, já existentes ou criadas em razão do litígio, como comissões para acompanhar a implementação, composta por diferentes agentes, estatais ou não”.¹⁰⁶

Dessa forma, no intuito de alcançar possíveis respostas aos problemas estruturais, “busca-se a criação de um ambiente que visa a facilitar o diálogo e a negociação, de forma continuada”,¹⁰⁷ onde a coerção é tida como última medida, sobretudo, em razão da incerteza e complexidade características dos casos estruturais.

A dinâmica destes casos impossibilita o pleno conhecimento, desde logo, de todas as medidas necessárias a serem adotadas para se implementar a reforma estrutural, bem como as consequências de cada uma delas. Por isso, é preciso formular um processo que permita a ampla participação de todos aqueles que podem contribuir para o alcance destas respostas e que possibilite a negociação entre eles, tendo em vista que as decisões não são auto executáveis e dependem da ação conjunta de diferentes atores, não podendo ser implementadas “da noite para o dia”.¹⁰⁸

104 FERRARO, 2015, p. 129-130.

105 FERRARO, 2015, p. 131.

106 FERRARO, 2015, p. 130.

107 FERRARO, 2015, p. 132.

108 FERRARO, 2015, p. 133-134.

Nesta perspectiva, a opção de adotar desde logo o instrumental coercitivo, além de poder prejudicar o ambiente propício à colaboração e à negociação, acaba sendo uma medida simbólica,¹⁰⁹ visto que reformas estruturais são operadas de maneira gradual e os problemas a elas ligados não derivam “simplesmente da ‘má vontade’ do réu em adequar sua conduta ao direito”.¹¹⁰ Isto, entretanto, não afasta a possibilidade do seu uso quando existam “obrigações específicas, cujo cumprimento ou não [seja] viável de ser controlado, [...] quando na própria negociação são estipuladas as consequências para hipóteses de descumprimento determinadas”¹¹¹ ou de forma criativa, utilizando-se o valor pago no próprio empreendimento da reforma estrutural.

Ademais, o segundo elemento do processo coletivo-estrutural é o foco nos resultados, decorrente do caráter prospectivo dos casos estruturais e da busca de soluções para o futuro, não de “culpados” para posterior responsabilização.¹¹² Conforme Marcella Ferraro, “o que se opera é uma destabilização da instituição que não tem funcionado adequadamente, para que então seja construída uma resposta (provisória). Isso faz com que se mirem os resultados, procurando amparo na factibilidade”.¹¹³

Nesse sentido, “o processo coletivo-estrutural não aguarda ansiosamente a sentença. Não é ela o momento em que ‘se diz o direito’. A sentença não é final nem o fim”, visto que os problemas são resolvidos à medida que aparecem mediante o emprego de provimentos em cascata. Assim, de acordo com Sérgio Cruz Arenhart, “é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as

109 FERRARO, 2015, p. 134.

110 FERRARO, 2015, p. 134.

111 FERRARO, 2015, p. 135.

112 FERRARO, 2015, p. 136.

113 FERRARO, 2015, p. 136.

diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado”¹¹⁴ e “depois vem a definição, não necessariamente judicial, do que deve ser alcançado ou, eventualmente, tem de ser feito para alterar o *status quo* de violação de direitos”.¹¹⁵

Para tanto, o processo exige flexibilidade e transparência. Flexibilidade, porque o conhecimento do problema é gradual e não é possível em um procedimento rígido, que não permite a revisão e supervisão contínua nas medidas adotadas e transparência porque diversos são os interesses imbricados e sujeitos cujo direitos foram violados, sendo necessário conferir publicidade ao problema, não só com disponibilização dos autos em cartório, secretaria ou plataforma eletrônica, mas também com a divulgação da existência do próprio processo e do seu conteúdo, mediante “campanhas de divulgação, com cooperação de órgãos públicos e entidades privadas, e a criação de *websites* específicos, [...] além de audiências públicas periódicas para publicizar e debater questões determinadas”.¹¹⁶

4. PRESSUPOSTOS PARA AS REFORMAS ESTRUTURAIS

4.1 Revisão da ideia de “separação dos poderes”

O principal campo de atuação das decisões estruturais é o direito público, porém um sistema jurídico baseado na rígida separação de Poderes não permite a intervenção do Judiciário em políticas públicas.¹¹⁷ Por isso, Sérgio Cruz Arenhart afirma que um sistema jurídico, para ter condições de aceitar estas decisões, deve ser maduro o suficiente para considerar “que não

114 ARENHART, 2013.

115 FERRARO, 2015, p. 136.

116 FERRARO, 2015, p. 139-140.

117 ARENHART, 2013.

há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público”¹¹⁸ e, assim, “compreender a necessidade de revisão da ideia da separação dos Poderes”.¹¹⁹

Embora os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam independentes, por força do artigo 2º, da Constituição da República, devem ser harmônicos entre si, “mirar as metas constitucionais como referência básica de suas ações”¹²⁰ e compreender que “os compromissos constitucionais só podem ser cumpridos com a atuação das três instituições”.¹²¹ Apesar de a democracia pressupor o consentimento como base de sua legitimidade, de acordo com Owen Fiss, esse consentimento não é dado separadamente a instituições individuais, mas sim para o sistema estatal como um todo. Isto é, a capacidade de cada instituição individualmente considerada não depende do consentimento do povo a ela submetido, mas sim da sua capacidade “para executar uma função social dentro do sistema em questão”.¹²²

No que diz respeito ao Judiciário, a legitimidade advém da sua idoneidade para cumprir sua função social, qual seja, a de “dar aplicação e significado concreto aos valores públicos incorporados à Constituição”.¹²³ Para tanto, porém, Fiss ressalta que não é preciso atribuir aos juízes a sabedoria de reis filósofos. A idoneidade não reside nos sujeitos (em suas aptidões morais especiais), mas sim no processo que limita o poder por eles exercido,¹²⁴ o qual é caracterizado, segundo Fiss, pelo diálogo, responsabilidade e independência. Os juízes têm o dever de conduzir o diálogo, conhecendo

118 ARENHART, 2013.

119 ARENHART, 2013.

120 MENDES apud FERRARO, 2015, p. 53.

121 FERRARO, 2015, p. 53.

122 FISS, 2004, p. 114.

123 FISS, 2004, p. 114.

124 FISS, 2004, p. 114..

de todos os pedidos e considerando uma grande esfera de interesses, bem como de se pronunciar assumindo a responsabilidade individual por suas decisões e permanecendo sempre “independente no que tange aos desejos ou preferências tanto do corpo político quanto dos litigantes particulares que se encontram perante o juízo”.¹²⁵

Dessa forma, uma vez reconhecida a existência de vários enfoques possíveis, que levam a diferentes respostas acerca do que é Direito, de qual é o papel do Estado e de que forma se distribui a justiça, o que se mostra fundamental é transparecer, com o mais alto grau possível, os pressupostos teóricos adotados quanto aos critérios valorativos utilizados para resolver os problemas que se analisa, para que se possa comparar de modo objetivo as diversas possibilidades a serem alcançadas.¹²⁶

4.2 Atenuação do Princípio da Demanda

De acordo com Sérgio Cruz Arenhart, é ponto incontroverso nos sistemas processuais modernos que a jurisdição é função inerte do Estado, sendo necessária para a sua atuação a iniciativa de alguém, cujo estímulo determina o momento e o objeto a respeito do qual esta função será exercida. Conforme o autor, “justamente em razão deste caráter, e como sua contrapartida, coloca-se o princípio da demanda como elemento fundamental do processo civil atual”,¹²⁷ explicado pela doutrina “através da ideia de que o pedido formulado pela parte determina os limites da atuação jurisdicional, importando na razão da atuação do Estado e também na fixação do objeto a ser decidido”.¹²⁸

125 FISS, 2004, p. 114.

126 VALLE, 2018.

127 ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Disponível em: <http://www.academia.edu>. Acesso em: 10 de fev. de 2019.

128 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

Esta outorga de poder de iniciar a prestação jurisdicional e determinar o seu objeto ao interessado é fundamentada, em especial, por duas razões. A primeira diz respeito ao caráter predominantemente privado dos direitos subjetivos submetidos ao processo civil, regidos pelo “princípio geral que reserva à vontade das partes a disposição de suas relações jurídicas privadas”.¹²⁹ Por se tratarem, em princípio, de direitos disponíveis, a conclusão a que se chega é a de que “disponível também deve ser a sua forma de proteção, [...] [ficando] a atuação estatal condicionada ao pedido formulado pela parte”.¹³⁰ A segunda razão, por sua vez, está ligada à função de preservação da imparcialidade do magistrado mediante a separação das funções de pedir e de julgar.

Além disso, Arenhart ressalta que, embora seja comum o entendimento de que os princípios da demanda e dispositivo são idênticos, a melhor doutrina separa nitidamente estes dois conceitos, associando o princípio da demanda ao objeto do processo e o dispositivo ao modo pelo qual deve o processo ser conduzido, isto é, “se com predominante atuação do juiz ou se prioritariamente segundo as determinações e os impulsos das partes”,¹³¹ prevalecendo o modelo chamado acusatório, em que a vontade das partes é determinante na condução dos atos do processo e ao magistrado é inibido uma atuação ativa na colheita da prova e no andamento do feito. Ademais, o autor acrescenta que o princípio da correlação, vinculado ao princípio da demanda, também é fundamental ao processo civil e impõe a necessária correspondência entre o litígio exposto pelas partes e o conteúdo da sentença.

Ocorre que reger os processos coletivos a partir destes princípios implica em supor que “o titular da ação é também o titular do direito e que, por poder dispor deste, pode formular um pedido que não necessariamente é

129 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

130 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

131 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

aquele que melhor atende às exigências do direito material”.¹³² No entanto, nestes casos, os valores em pauta, de natureza, em regra, indisponível, interessam à toda coletividade ou a um grupo expressivo de pessoas que são “tão-somente ‘representado[s]’ pelos autores da ação coletiva”,¹³³ sendo, dessa forma, questionável a possibilidade de alguém, sem ser o titular do direito, “poder dispor do direito alheio no processo, sem qualquer consequência”.¹³⁴

Aliado a isso, a fluidez e mutabilidade característicos dos problemas estruturais e das decisões judiciais de políticas públicas contribuem para a impossibilidade de o autor da demanda, no início do processo, determinar com exatidão tudo “aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido”,¹³⁵ pois “as necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião”.¹³⁶

Portanto, indaga-se como adotar nos processos coletivos, sobretudo nos estruturais, “a mesma *ratio* aplicada a direitos individuais disponíveis, para os quais o processo civil clássico foi moldado”,¹³⁷ tendo em vista as marcantes diferenças existentes entre estes modelos.

Nesta seara, deve-se conceder ao juiz a possibilidade, em determinadas situações, “diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da inadequação da ‘tutela’ pretendida pelo autor na petição inicial,

132 ARENHART, 2016.

133 ARENHART, 2016.

134 ARENHART, 2016.

135 ARENHART, 2016.

136 ARENHART, 2016.

137 ARENHART, 2016.

extrapolar os limites do pedido inicial”,¹³⁸ mediante a atenuação do princípio da demanda, o que, contudo, não viola o dever de imparcialidade do juiz. Isto porque, de acordo com o autor, hoje, a imparcialidade do magistrado deve ser vista como contraponto ao direito de contraditório na medida em que não deve ser equiparada à sua neutralidade, relacionada à ideia de um juiz com um papel passivo no processo, “como um expectador da contenda judicial, sem nela interferir a não ser ao final, para declarar o vencedor”.¹³⁹ Ao contrário, “a decisão judicial deve ser produto do diálogo entre as partes e destas com o juiz”,¹⁴⁰ significando a garantia de imparcialidade a necessidade de o juiz, ainda que não afastado de seus conceitos, preconceitos, preferências e convicção, ter “a capacidade de, apesar destas suas impressões prévias, estar aberto a receber as informações trazidas pelas partes e decidir com a influência destas”.¹⁴¹

Portanto, o juiz deve sair de sua postura passiva e deixar de ser visto com desconfiança, como um “inimigo”, como se via no direito liberal dos séculos XVIII e XIX, e assumir o seu papel de agente político, “como representante de um Estado que tem consciência que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social”.¹⁴²

4.3 Colaboração e participação

Sérgio Cruz Arenhart afirma que no processo estrutural são imprescindíveis a colaboração das partes (aqui entendidas não de modo limitado, em um conflito abstrato, mas sim em uma perspectiva ampla, que abrange toda coletividade atingida pela decisão) e sua participação na

138 ARENHART, 2016.

139 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

140 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

141 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

142 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

formação da(s) decisão(ões) judicial(is), esta entendida, inclusive, como um direito outorgado às partes através do que se denomina de direito ao contraditório.¹⁴³

Por sua vez, Marcella Pereira Ferraro destaca que a necessidade de ampla participação de diferentes atores no processo estrutural deriva, sobretudo, da alta complexidade dos casos estruturais, do seu caráter policêntrico e da consequente impossibilidade do juiz conhecer todos os resultados das várias soluções possíveis para os problemas em questão,¹⁴⁴ sendo necessário, portanto, a mais completa satisfação do contraditório para haver “a mais exata dimensão do problema – e das consequências da decisão judicial – e, assim, tomar a providência mais adequada”.¹⁴⁵

Nesta perspectiva, embora o art. 5º, LV, da CR, disponha que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos *acusados* em geral são assegurados o contraditório e *ampla defesa*, com os meios e recursos *a ela* inerentes”, o direito ao contraditório não pertence apenas à defesa, mas sim a ambas as partes. Isto, porque diz respeito à possibilidade de efetivamente influir sobre o desenvolvimento e o resultado do processo, sobre o convencimento do juiz,¹⁴⁶ que é o destinatário do direito ao contraditório em razão do seu dever de com elas dialogar e de considerar somente o material fático-jurídico já submetido ao debate processual no momento de realizar uma decisão, o que evidencia, assim, a extensão do dever de colaboração a todos os sujeitos do processo: partes e juiz.

É evidente, porém, a inviabilidade de participação no processo de todos os sujeitos individuais afetados, o que não justifica, entretanto, ignorar a reivindicação postulada e não prestar a tutela jurisdicional, se

143 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 310.

144 FERRARO, 2015, p. 157.

145 ARENHART, 2013.

146 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 311.

necessária. Ao contrário, “o juiz deve estar certo de que a vasta gama de interesses envolvidos está devidamente representada”,¹⁴⁷ impondo-se, para tanto, “o emprego de técnicas de representação adequada dos vários interesses em jogo e dos vários segmentos que possam utilmente contribuir para a construção da decisão judicial.”¹⁴⁸

Nessa toada, são fundamentais, segundo Arenhart, instrumentos como audiências públicas e *amicus curiae*, que permitem a absorção, através do processo, da experiência técnica de especialistas no tema abordado na demanda, a qual pode “contribuir tanto no direcionamento adequado do problema a ser examinado, como em alternativas à solução da controvérsia”.¹⁴⁹ Além disso, como acrescenta Ferraro, mostra-se importante e necessária a ampliação da “participação de diferentes órgãos ou setores de uma organização [...], ou seja, não apenas daquele que a representa formalmente, mas também de outros grupos, entre eles os que podem bloquear ou dificultar a realização da decisão coletiva”.¹⁵⁰

Assim, é possível superar a visão dicotômica do processo tradicional e desenvolver uma relação processual “plúrima, multifacetária e não necessariamente na base do antagonismo entre polos”,¹⁵¹ sobretudo, porque os processos estruturais envolvem “várias visões e vários interesses diferentes, que não podem ser agrupados apenas em dois blocos distintos, [e que] não necessariamente são opostos e incompatíveis, podendo em determinadas situações convergir a um denominador comum”.¹⁵²

147 FISS, 2004, p. 81.

148 ARENHART, 2016.

149 ARENHART, 2016.

150 FERRARO, 2015, p. 159.

151 ARENHART, 2016.

152 ARENHART, 2016.

Conforme Ferraro, é preciso compreender que a racionalidade “ganhador-perdedor” não é empregável no processo coletivo-estrutural, tampouco é possível identificar “A” vontade dos grupos ou coletividades envolvidas, até porque ela não existe. O que há, na verdade, é uma diversidade de interesses imbricados que devem ser levados em consideração na busca de uma possível solução para o caso sob análise mediante a instituição do que ela denomina de “multipolaridade processual”.¹⁵³

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação central deste artigo foi investigar quais contornos o processo civil deve conter a fim de ser adequado ao tratamento de problemas estruturais ligados aos direitos humanos e efetivo para a função jurisdicional de atribuir significado concreto e aplicação aos valores públicos contidos na Constituição. Superando a teoria da autonomia do processo civil, arraigada aos valores dominantes do século XIX e à abstrativização do homem difundidos nesta época, procurou-se repensar o conceito de jurisdição à luz da Constituição e propor um novo procedimento adequado ao caso concreto e, em especial, aos casos estruturais.

Para tanto, foi necessário, primeiro, compreender o que são casos estruturais e, de modo mais específico, qual a sua relação com os direitos humanos. A partir da conjugação das teorias de Owen Fiss e Amartya Sen, chegou-se à conclusão de que situações de violações de direitos podem ser compreendidas como aquelas que ferem o papel constitutivo da liberdade (a oportunidade de pessoas levarem a vida que valorizam e almejam), que ocorre devido a uma interferência no processo de escolha, nas liberdades instrumentais necessárias para se alcançar o fim desejado.

Dessa forma, é possível compreender os casos estruturais como situações ligadas ao papel instrumental da liberdade, que violam alguma ou algumas das liberdades instrumentais necessárias ao desenvolvimento hu-

153 FERRARO, 2015, 157.

mano, em especial os cinco tipo elencados por Amartya Sen (liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora).

Ademais, quanto à compreensão de qual é o papel dos juízes e do processo judicial estrutural, a contribuição da teoria das capacidades advém do seu caráter pragmático e da prioridade atribuída à eliminação da injustiça manifesta, não à busca prolongada da sociedade perfeitamente justa, de modo que o objetivo do juiz deve ser, através do processo, operar mudanças concretas e factíveis na estrutura posta sob questão, em uma perspectiva macro. Ainda que esta postura não gere o resultado mais efetivo do ponto de vista individual, implica em um expressivo ganho social, um sucesso estrutural.

Por isso, a necessidade de repensar o processo civil e construir um procedimento em conformidade com o direito material e o caso concreto que o embasam. Nessa linha, o processo coletivo-estrutural se apresenta como uma interessante proposta. Fundado em um viés pragmático, apresenta, de acordo com Marcella Pereira Ferraro, quatro potenciais elementos: a participação, o foco nos resultados, a flexibilidade e a transparência. Marcado pela ampla participação e pelo estímulo ao diálogo e à negociação entre os diversos interessados, o processo visa a promover, além do acesso ao Poder Judiciário, a produção de resultados individual e socialmente justos, alterando o *status quo*, atribuindo significado concreto e aplicação aos valores públicos contidos na Constituição e, assim, contribuindo para o desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu>. Acesso em: 14 jul. 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Disponível em: <http://www.academia.edu>. Acesso em: 10 fev. 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Instituto de Processo Comparado: **Revisão de Processo Comparado**, 2016, p. 8. Disponível em: <http://revista-deprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. 224f. Dissertação (mestrado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade / Owen Fiss; coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

VALLE, Bortolo. Anotações da disciplina Direito, Poder e Justiça. Curitiba: UNICURITIBA, 2018.

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