

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Programa de Estudos Pós-graduados em Direito

Marcos Nassar

Alteração judicial de políticas públicas: adequação do processo coletivo estrutural e falta de condições da ação em demandas pseudoindividuais

São Paulo
2024

Marcos Nassar

Alteração judicial de políticas públicas: adequação do processo coletivo estrutural e falta de condições da ação em demandas pseudoindividuais

Tese apresentada ao Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito.

Doutorado – Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura.

São Paulo

2024

Marcos Nassar

Alteração judicial de políticas públicas: adequação do processo coletivo estrutural e falta de condições da ação em demandas pseudoindividuais

Tese apresentada ao Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração Efetividade do Direito, Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Civil, sob orientação do Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura.

Aprovada em: ___/___/_____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Sérgio Seiji Shimura
Orientador e Presidente da Banca

Prof(a). Dr(a).
Membro interno

Prof(a). Dr(a).
Membro interno

Prof(a). Dr(a).
Membro externo

Prof(a). Dr(a).
Membro externo

DEDICATÓRIA

A Fernanda, minha preciosa esposa, sem cujo apoio este trabalho não teria nem começado.

A minhas filhinhas, Raquel, Isabel e Clarissa, fontes de força para buscar ser melhor.

A minha mãe, Cely, e a meu pai, Iracy (*in memoriam*), responsáveis por minha formação.

Graças a Deus por suas vidas!

AGRADECIMENTO

Ao meu orientador, Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura, pelas aulas e contatos enriquecedores e pela confiança depositada na pesquisa empreendida.

Aos demais Professores a cujas aulas tive o privilégio de assistir e aos colegas do Doutorado, pelas profícuas lições recebidas e pela convivência agradável.

RESUMO

Busca-se examinar se o sistema processual brasileiro estabelece dada via processual adequada ao tratamento de litígios cuja solução importa necessariamente em alteração de política pública, em detrimento de outras vias. É utilizado preponderantemente o método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica. Procura-se inicialmente abordar, como pressuposto para o restante do trabalho, a justiciabilidade de direitos sociais, inclusive dos oriundos de normas principiológicas, mediante, se necessário, modificação da política pública respectiva. Em seguida, trata-se do corrente modelo de judicialização em tal campo, concretizado na miríade de processos individuais verificada em todo o país e alimentado pelo diário aforamento de novas ações em busca, na maior parte dos casos, de prestações de saúde não previstas na política correspondente, apenas em favor do autor individual, e de vaga em creche também somente em benefício do demandante. Objetiva-se apresentar as consequências que esse modelo tem produzido relativamente à realização do direito material, notadamente no que se refere ao princípio da igualdade, valor-fonte dos direitos fundamentais sociais, como também em desfavor da organização e racionalidade do dispêndio de recursos limitados para implementação de políticas públicas, atividade para a qual não se pode prescindir de visão de conjunto dos problemas e dados envolvidos, cuja apreensão é impraticável em cada um das centenas de milhares de processos individuais existentes. Na sequência, examina-se, sob a perspectiva da instrumentalidade processual, se o processo coletivo mostra-se mais adequado à apreciação jurisdicional de tais litígios, seja à luz do princípio da igualdade, dada a amplitude eficaz da tutela coletiva, seja desde a própria natureza ou configuração do direito à alteração de certa política pública. Para esse fim, objetiva-se verificar se direito social cuja satisfação exige modificação da correspondente política pública tem natureza transindividual, especificamente difusa. Em continuidade, ainda sob a ótica da instrumentalidade processual, pretende-se mostrar que, não raro, esses litígios revelam feição não só coletivo, mas também estrutural. Para tanto, intenta-se esboçar o que se compreende por litígios estruturais, quais técnicas processuais tais litígios amiúde reclamam para sua adequada tutela jurisdicional – técnicas que caracterizam o que se denomina processo estrutural, modalidade de processo coletivo –, bem como se o direito processual civil brasileiro oferece essas técnicas. Por fim, passa-se a examinar as condições da ação em demandas (pseudo)individuais voltadas à alteração em políticas públicas. A intenção é verificar se esta velha e tão debatida categoria, a das condições da ação, pode contribuir em matéria de alteração jurisdicional de políticas públicas, máxime pelo ponto de vista da instrumentalidade processual que norteia o trabalho. Com tal intuito, após exposição sobre as condições da ação e a forma preconizada para sua aplicação, cuida-se do exame da legitimidade para agir e do interesse processual nas apontadas demandas, bem como da compatibilidade desse exame com o acesso à justiça.

Palavras-chave: Modificação de políticas públicas. Processo coletivo estrutural. Demandas pseudoindividuais. Legitimidade para agir. Interesse processual.

ABSTRACT

The aim of this study is to examine whether the Brazilian procedural system establishes a given procedural path that is appropriate for handling disputes whose resolution necessarily involves changing public policies, to the detriment of other paths. The deductive method is predominantly used, based on bibliographical research. The initial objective is to address, as a prerequisite for the rest of the work, the justiciability of social-economic rights, including those arising from legal principles, through, if necessary, modification of the respective public policy. Then it addresses the current model of judicialization in this field, embodied in the myriad of individual lawsuits verified throughout the country and fueled by the daily filing of new lawsuits seeking, in most cases, health benefits not provided for in the corresponding public policy, only in favor of the individual plaintiff, or a place in a daycare center also only for the benefit of the plaintiff. The aim is to present the consequences that this model has produced in relation to the implementation of substantive law, notably with regard to the legal principle of equality, that is the source value of fundamental social-economic rights, as well as to the detriment of the organization and rationality of the expenditure of limited resources for the implementation of public policies, an activity for which one cannot dispense with an overview of the problems and data involved, whose apprehension is impractical in each of the hundreds of thousands of existing individual lawsuits. Next, from the perspective of procedural instrumentality, it is examined whether class actions are more appropriate for the jurisdictional assessment of such disputes, whether in light of the legal principle of equality, given the breadth of the class actions effects, or in light of the very nature of the right to change a given public policy. To this end, the intent is to verify whether a social-economic right whose satisfaction requires modification of the corresponding public policy has a transindividual, specifically diffuse, nature. In continuation, still from the perspective of procedural instrumentality, the objective is to show that frequently these disputes reveal not only a collective but also a structural nature. Therefore, the plan is to outline what is understood as structural litigation, which procedural techniques such form of disputes often require for their adequate adjudication (techniques that characterize what is called structural suit, a type of class action), as well as whether Brazilian civil procedural law offers these techniques. Finally, the standing to sue in individual lawsuits aimed at changing public policies will be examined. The intention is to verify whether the standing to sue analysis can contribute to the matter of changing public policies by judges, especially from the perspective of procedural instrumentality that guides this doctoral thesis. For this purpose, after explaining standing to sue in Brazil, its application on the aforementioned demands is examined, as well as the compatibility of this approach with access to justice.

Keywords: Changing public policies. Structural litigation. Individual lawsuits. Standing to sue in Brazil.

RIASSUNTO

La presente tesi cerca di rispondere se il sistema procedurale brasiliano preveda un percorso procedurale adeguato per il trattamento delle controversie la cui soluzione implica necessariamente un cambiamento di una politica pubblica, a scapito di altri percorsi. Viene utilizzato prevalentemente il metodo deduttivo, basato sulla ricerca bibliografica. Inizialmente, l'obiettivo è quello di affrontare, come prerequisito per il resto del lavoro, la giustiziabilità dei diritti sociali, compresi quelli derivanti da norme di principio, attraverso, se necessario, la modifica delle rispettive politiche pubbliche. Si affronta poi l'attuale modello di giudiziizzazione in materia, concretizzato nella miriade di processi individuali verificati sul territorio nazionale e alimentato dalla quotidiana presentazione di nuovi casi alla ricerca, nella maggior parte, di prestazioni sanitarie non previste dalle politiche pubbliche, solo a favore del singolo attore, o un posto nell'educazione della prima infanzia solo per il attore. L'obiettivo è quello di presentare le conseguenze che questo modello ha prodotto in relazione alla realizzazione del diritto sostanziale, in particolare per quanto riguarda il principio di uguaglianza, che è valore fonte dei diritti sociali fondamentali, nonché a scapito dell'organizzazione e della razionalità della spesa di limitate risorse per l'attuazione delle politiche pubbliche, attività per la quale non si può fare a meno di una visione complessiva dei problemi e dei dati coinvolti, la cui comprensione è impraticabile in tutte le centinaia di migliaia di singoli processi esistenti. Successivamente, dal punto di vista della strumentalità procedurale, si esamina se il processo collettivo risulti più idoneo alla valutazione giurisdizionale di tali controversie, sia alla luce del principio di uguaglianza, considerata l'ampiezza degli effetti della decisione collettiva, sia in base alla stessa natura del diritto di modificare una determinata politica pubblica. A tal fine, l'obiettivo è verificare se i diritti sociali, il cui soddisfacimento richiede la modifica della corrispondente politica pubblica, abbiano natura transindividuale, specificamente diffusa. Proseguendo, sempre nell'ottica della strumentalità processuale, si intende mostrare che, non di rado, tali controversie rivelano non solo carattere collettivo, ma anche strutturale. Per questo scopo, si intende delineare cosa si intende per controversie strutturali, quali tecniche procedurali tali controversie spesso richiedono per un'adeguata tutela giurisdizionale (tecniche che caratterizzano il cosiddetto processo strutturale, una tipologia di processo collettivo), nonché se il diritto processuale civile brasiliano offre queste tecniche. Infine, saranno esaminati le condizioni dell'azione nelle cause individuali volte a cambiare le politiche pubbliche. L'intento è verificare se questa antica e molto dibattuta categoria, quella delle condizioni dell'azione, possa contribuire al cambiamento giurisdizionale delle politiche pubbliche, soprattutto dal punto di vista della strumentalità procedurale che ne orienta questa tesi. In quest'ottica, dopo aver esaminato le condizioni dell'azione e la forma raccomandata per la sua applicazione, si avrà cura di esaminare la legittimità ad agire e l'interesse ad agire nelle predette cause individuali, nonché la compatibilità di tale esame con l'accesso alla giustizia.

Parole chiave: Modificazione delle politiche pubbliche. Processo collettivo strutturale. Causa individuale. Legittimità ad agire. Interesse ad agire.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP – ação civil pública

ADI – ação direta de inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ampl. – ampliado

AgR ou AgRg – agravo regimental

AI ou AgInt – agravo de instrumento

ARE – recurso extraordinário com agravo

art. – artigo

atual. – atualizado

aum. – aumentado

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

cf. – *confer*, conferir

coord. – coordenador(es)

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CR – Constituição da República

DJ – Diário de Justiça

DJe – Diário de Justiça eletrônico

EC – Emenda Constitucional

ED ou EDcl – embargos de declaração

ed. – edição

e.g. – *exempli gratia*

EREsp – Embargos de Divergência em Recurso Especial

et al. – *et alia*

etc. – etcétera

EUA – Estados Unidos da América

g.n. – grifo nosso

HC – *habeas corpus*

i.e. – *id est*

j. – julgado

LACP – Lei da Ação Civil Pública
LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min. – Ministro(a)
MP – Medida Provisória
MPF – Ministério Público Federal
MS – mandado de segurança
n. – número
n.p. – não paginado
Org. – Organizador(es)
p. – página
p. ex. – por exemplo
pp. – páginas
PUC-SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
RE – recurso extraordinário
Rel. – Relator
RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
REsp – recurso especial
rev. – revisado
RHC – recurso em *habeas corpus*
S – Seção
s.l. – *sine loco*
s.n. – *sine nomine*
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
T – Turma
t. – tomo
Trad. – Tradutor
v. – *Vide*, Ver
v. – volume
v.g. – *verbi gratia*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	16
1 MODIFICABILIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM JUÍZO.....	22
1.1 DIREITOS SOCIAIS COMO VERDADEIROS DIREITOS.....	22
1.1.1 De normas de direitos sociais podem nascer verdadeiros direitos subjetivos, com exigibilidade judicial.....	23
1.1.2 Direitos sociais decorrentes de regras e princípios e sua justiciabilidade.....	26
1.2 O PROBLEMA DA INEFETIVIDADE OU MENOR EFETIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS.....	33
1.3 POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO	37
1.3.1 Definição de políticas públicas.....	37
1.3.2 Admissibilidade jurídica de alteração de políticas públicas em processos judiciais.....	38
2 ALTERAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROCESSOS INDIVIDUAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS QUANTO À REALIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL.....	45
2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS E PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	45
2.1.1 Forma de abordagem adequada: necessidade de visão global.....	46

2.1.2	Elementos fáticos e axiológicos: ainda a questão da escassez de recursos financeiros e da isonomia.....	48
2.2	ANÁLISE E PROVA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	53
2.2.1	Mínimo existencial.....	54
2.2.2	Alteração singularizada da política pública e violação da isonomia.....	58
2.3	OUTROS OBSTÁCULOS: INVIABILIDADE TÉCNICA DE TUTELA INDIVIDUAL ADEQUADA.....	68
3	TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA: ALTERAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA PARA TODOS EM IGUAL CONDIÇÃO.....	78
3.1	PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL.....	79
3.2	DIREITO À ALTERAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA COMO DIREITO DIFUSO.....	85
3.2.1	Direitos sujeitos à tutela jurisdicional coletiva: coletivos <i>lato sensu</i>	85
3.2.2	Direito social dependente de modificação em política pública: plúrimos titulares indeterminados e objeto juridicamente indivisível.....	95
3.3	AMPLITUDE EFICACIAL DOS PROVIMENTOS COLETIVOS: ALTERAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA EM FAVOR DE TODOS OS TITULARES DO DIREITO.....	100
3.3.1	Art. 16 da Lei 7.347/85, com redação atribuída pela Lei 9.494/1997: sentença coletiva produz efeitos apenas “nos limites da competência territorial do órgão prolator”?.....	103

3.3.2	Acomodação pela doutrina do art. 16 da Lei 7.347/85 no subsistema processual coletivo e julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário n. 1.101.937 em abril de 2021.....	107
3.3.2.1	<i>Casos julgados antes da decisão do Recurso Extraordinário n. 1.101.937.....</i>	114
3.4	TÉCNICA DE COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO.....	116
4	CARÁTER ESTRUTURAL DE LITÍGIOS ENVOLVENDO MODIFICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	122
4.1	ADVENTO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS.....	122
4.2	NOMENCLATURA E CONCEITOS DE LITÍGIO ESTRUTURAL E DE PROCESSO ESTRUTURAL.....	126
4.3	LITÍGIOS ESTRUTURAIS POLICÊNTRICOS: TÉCNICAS PROCESSUAIS FAVORÁVEIS À APREENSÃO DA COMPLEXIDADE DO CONFLITO E À LEGITIMIDADE DE SUA SOLUÇÃO.....	134
4.3.1	Formas de incrementar a legitimidade da reestruturação jurisdicional de políticas públicas: dialética processual ampliada e fundamentação judicial robustecida.....	140
4.4	DISPOSITIVO SENTENCIAL E EXECUÇÃO DA DECISÃO ESTRUTURAL.....	147
4.4.1	Não pormenorização do dispositivo.....	148
4.4.2	Componentes dialética e cognitiva no cumprimento da sentença estrutural.....	155
4.4.3	Fracionamento da fase executiva.....	161

4.5	PROVIMENTOS EXECUTIVOS E MANDAMENTAIS: TÉCNICAS PROCESSUAIS ADEQUADAS A LITÍGIOS ESTRUTURAIS.....	163
4.5.1	Provimentos executivos.....	164
4.5.1.1	<i>Origem e desenvolvimento da sentença executiva no Brasil.....</i>	164
4.5.1.2	<i>Atipicidade das medidas executivas.....</i>	166
4.5.1.3	<i>Alteração das medidas determinadas na sentença executiva durante seu cumprimento: não ofensa à coisa julgada.....</i>	172
4.5.2	Provimentos mandamentais.....	176
4.5.2.1	<i>Origem e desenvolvimento da sentença mandamental no Brasil.....</i>	176
4.5.2.2	<i>Conceito atual de provimento mandamental.....</i>	178
4.5.2.3	<i>Possibilidade de determinação posterior de medidas executivas coercitivas e/ou sub-rogatórias para a efetivação da sentença mandamental.....</i>	184
4.5.3	Mitigação do princípio da congruência.....	185
4.5.4	Adequação das decisões executivas e mandamentais às necessidades peculiares aos litígios estruturais.....	187
4.6	PROPOSTAS LEGISLATIVAS RELATIVAS AO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL.....	191
5	FALTA DE CONDIÇÕES DA AÇÃO EM DEMANDAS INDIVIDUAIS PARA MODIFICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	194
5.1	UMA PALAVRA INICIAL SOBRE A AÇÃO.....	195

5.2	REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO EXAME DO MÉRITO.....	200
5.3	TEORIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	205
5.3.1	Reparo feito pela doutrina que admite a teoria das condições da ação.....	210
5.3.2	As condições da ação subsistem com o CPC de 2015?.....	213
5.4	LEGITIMIDADE PARA AGIR.....	215
5.5	INTERESSE PROCESSUAL.....	219
5.5.1	Interesse-utilidade para o autor e para os fins da jurisdição.....	222
5.6	POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.....	225
5.7	BINÔMIO OU TRINÔMIO DE QUESTÕES NO PROCESSO CIVIL?.....	229
5.8	TEORIA DA ASSERÇÃO (OU DA <i>PROSPETTAZIONE</i>).....	235
5.9	FALTA DE LEGITIMIDADE PARA AGIR E INTERESSE PROCESSUAL EM DEMANDAS PSEUDOINDIVIDUAIS PARA ALTERAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	242
5.9.1	Ilegitimidade para agir.....	244
5.9.2	Ausência de interesse processual.....	246
5.9.3	Demandas pseudoindividuais.....	250
5.10	ACESSO À JUSTIÇA.....	254
	CONCLUSÃO.....	263

REFERÊNCIAS.....	276
-------------------------	------------

INTRODUÇÃO

A presente tese aborda o tema da alteração de políticas públicas em processos jurisdicionais. A delimitação do tema encontra-se no enfoque sobre a via processual adequada ao trato de litígios cuja solução importa necessariamente em tal alteração. O problema da pesquisa, por sua vez, consiste nesta questão: o sistema processual pátrio estabelece dada via processual adequada ao enfrentamento desses litígios, em detrimento de outras?

Não é de hoje que o Poder Judiciário brasileiro depara com litígios em que a tutela do direito, muito especialmente em se tratando de direito fundamental social, uma vez reconhecida sua existência e violação, reclama alteração na política pública formulada pelos Poderes Legislativo e Executivo e por eles implementada em cumprimento a seu dever de conferir concretude à norma estabelecida do direito em favor da população em geral ou da parte desta visada pela norma.

Nada obstante a complexidade de tais casos, notadamente por implicarem, se o pedido for julgado procedente, realocação de recursos públicos limitados – atuação que naturalmente exige visão holística dos problemas enfrentados pelo Estado –, é notório que deles se ocupam quotidianamente os juízes e tribunais estaduais e federais Brasil afora. É o que se dá, por exemplo, com as centenas de milhares de processos em que se pleiteiam, contra entes das três esferas federativas, medicamentos ou tratamentos médicos não previstos na política pública de saúde.

E já está sedimentada tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais superiores a possibilidade desse modo de atuação judicial, amparada na ideia de inafastabilidade jurisdicional, porquanto, afinal de contas, à primeira vista, não se trata senão de remediar ofensa a direito.

Sucedem, contudo, que o modelo de litigância individual, amplamente preponderante no trato jurisdicional desses litígios – caracterizados pela necessidade, como meio para sua solução em caso de procedência, de modificação em política pública –, tem gerado distorções e até injuridicidades relacionadas à organização e racionalidade do orçamento público e das políticas públicas, cuja formulação e implementação devem orientar-se fundamentalmente pelo princípio da igualdade, o qual se encontra à base dos direitos sociais a serem concretizados.

Tais distorções e injuridicidades não têm passado despercebidas pela doutrina. Com efeito, estudiosos do direito constitucional e do direito processual civil vêm apontando a maior adequação e conseguinte preferência do processo coletivo para o enfrentamento jurisdicional dos indicados litígios, em detrimento do padrão de tutela atomizada observado no sem-número de processos individuais hoje em tramitação nos quais se discutem alterações em políticas públicas, especialmente no âmbito da saúde pública e da educação infantil pública.

Além disso, mais recentemente se passou a apontar o processo estrutural, espécie de processo coletivo, como instrumento adequado à solução dos litígios em questão, os quais também podem ser qualificados como estruturais. Embora já exista há bastante tempo nos Estados Unidos da América estudos sobre litígios e processos estruturais, dada a experiência da jurisdição constitucional naquele país iniciada nos anos 1950 com a dessegregação racial em escolas públicas, apenas na última década passou a crescer no Brasil bibliografia acerca do tema, isto é, sobre a apreciação jurisdicional de situações conflituosas cuja solução reclama uma reestruturação da instituição ou organização envolvida como meio necessário à tutela do direito lesado ou ameaçado. A grande complexidade comumente presente nesse tipo de caso decorre, dentre outras razões, de fatores técnicos, administrativos, políticos e orçamentários, como também, em especial, do envolvimento de vários interesses inter-relacionados.

Enfrentam-se, assim, em processos estruturais – nos quais se busca dar solução a litígios desse jaez –, grandes desafios relacionados à legitimidade da atuação do sistema de justiça, à consideração no processo dos dados pertinentes e dos interesses em jogo, com a apreensão do quadro geral do problema, à implementação adequada do provimento jurisdicional etc. É o que sucede frequentemente com a modificação judicial de políticas públicas, estruturadas num contexto de recursos públicos finitos – alocados por meio do orçamento público de maneira a contemplarem-se inúmeras necessidades sociais em diferentes áreas – com o objetivo de atender à população em geral ou parcela dela.

Todavia, a despeito de parte da doutrina apontar o processo coletivo – ou especificamente o processo coletivo estrutural – como meio jurisdicional adequado para a resolução de litígios envolvendo mudança em política pública, não se chega a apresentar solução para o inadequado quadro atual, quotidianamente renovado, de litigância individual de massa em tal seara. Talvez a razão para não se chegar a propor uma solução esteja na leitura comumente extraída da norma constitucional de acesso à justiça, que impediria qualquer embaraço ao ajuizamento de ações individuais.

No presente trabalho, procura-se verificar se os direitos discutidos em litígios envolvendo alteração de política pública assumem contornos transindividuais, ante o que, em caso de constatação positiva, devem ser apreciados pela via processual coletiva. Em passo seguinte, busca-se analisar se o processo coletivo estrutural constitui instrumento adequado ao manejo desses litígios. Além disso, intenta-se averiguar se as velhas condições da ação podem dar solução ao problema da inadequação da via processual individual para apreciação de tais casos, assim como se essa solução harmoniza-se com a noção de acesso à justiça.

O estudo parte preponderantemente do método dedutivo e vale-se precipuamente de pesquisa bibliográfica. Ademais, a pesquisa mostra-se tanto compreensiva, pois a decomposição conceitual dos institutos envolvidos será necessária para a compreensão do problema, bem como para as conclusões a serem oferecidas, quanto propositiva, pois, como resultado do estudo, busca-se apresentar proposta de solução, estruturada a partir da análise dos institutos jurídicos envolvidos.

Para tanto, desdobra-se o texto do desenvolvimento em cinco seções, em certa correspondência com os objetivos específicos em que se pautou a pesquisa empreendida, do seguinte modo.

Na primeira seção, como pressuposto para o restante do trabalho, aborda-se a justiciabilidade dos direitos sociais, como verdadeiros direitos, potencialmente dotados de pretensão e ação de direito material, aptos, portanto, a suportar tutela jurisdicional positiva, inclusive, caso necessário, mediante modificação judicial da política pública respectiva.

Para isso, pretende-se expor o que se compreende por políticas públicas, seus fins, bem como o que se entende aqui por sua alteração judicial. Também se colima delinear o que legitima juridicamente essa forma de atuação judicial, isto é, o que justifica a modificação judicial de uma política pública e em que medida essa forma de atividade jurisdicional se considera conforme o direito.

Na segunda seção, o foco está na análise do modelo de judicialização hoje em voga em tal campo, concretizado na miríade de processos individuais verificada em todo o país e alimentado pelo diário aforamento de novas ações em busca, na maior parte dos casos, de prestações de saúde não previstas na política correspondente, apenas em favor do autor individual, e de vaga em creche também apenas em benefício do demandante.

Procura-se apresentar em tal seção as nefastas consequências que esse modelo tem produzido relativamente à realização do direito material, notadamente no que se refere ao princípio da igualdade, valor-fonte dos direitos fundamentais sociais, como também em desfavor da organização e racionalidade do dispêndio de recursos limitados para implementação de políticas públicas, atividade para a qual não se pode prescindir de visão de conjunto dos problemas e dados envolvidos, cuja apreensão é impraticável em cada um dos centenas de milhares de processos individuais existentes.

Na terceira seção, busca-se examinar, sob a perspectiva da instrumentalidade processual, se de fato o processo coletivo mostra-se mais adequado à apreciação jurisdicional de litígios que implicam modificação em políticas públicas, seja à luz do princípio da igualdade, seja ante as técnicas processuais de que é dotada a tutela coletiva, seja, ainda, desde a própria natureza ou configuração do direito à alteração de certa política pública.

Para esse fim, de início objetiva-se verificar se direito social cuja satisfação exige modificação da correspondente política pública tem natureza transindividual, especificamente difusa, por ostentar titularidade múltipla e objeto indivisível. Quanto à indivisibilidade do objeto (prestação) do direito, intenta-se diferenciar duas espécies, a indivisibilidade física ou fática e a indivisibilidade jurídica, imposta pelo direito.

Na sequência, por tratar-se de condição para que a tutela coletiva possa dar solução abrangente e isonômica ao litígio em exame, analisa-se a amplitude espacial dos efeitos do provimento jurisdicional coletivo, em vista da redação do art. 16 da Lei 7.347/85, dada pela Lei 9.494/1997, e de sua interpretação doutrinária e pretoriana, que culminou com o pronunciamento de inconstitucionalidade proferido em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.101.937 em abril de 2021.

Por fim, nessa seção ainda se aborda a técnica de coletivização do processo, que poderia contribuir para solucionar, ao menos parcialmente, o problema enfrentado na pesquisa e chegou a constar do texto do CPC de 2015 aprovado pelo Congresso Nacional, mas foi objeto de veto presidencial. Apesar do veto, tal técnica está albergada em projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados.

Na quarta seção, igualmente sob a ótica da instrumentalidade processual, em extensão e aprofundamento, por assim dizer, da exposição da seção 3, quer-se mostrar que, não raro, litígios cuja solução necessita de alteração em política pública revelam feitio não só

coletivo, mas também estrutural. Portanto, pretende-se esboçar o que se compreende por litígios estruturais, quais técnicas processuais tais litígios amiúde reclamam para sua adequada tutela jurisdicional – técnicas que caracterizam o que se denomina processo estrutural, modalidade de processo coletivo –, bem como se o direito processual civil brasileiro oferece essas técnicas.

Com esse objetivo, apresentam-se a origem estadunidense dos processos estruturais, os conceitos de litígios e processos estruturais, os desafios que tais casos apresentam, notadamente no concernente à sua complexidade e policentricidade, à questão da legitimidade do Poder Judiciário em tal âmbito e, muito especialmente, à conformação da sentença estrutural e seu cumprimento.

Em continuidade, em correlação com as necessidades comumente encontradas em litígios estruturais quanto à formulação do provimento jurisdicional estrutural e sua execução, busca-se evidenciar que o direito processual civil pátrio em vigor, máxime pelo regramento das sentenças mandamentais e executivas, oferece técnicas processuais a tanto adequadas.

Sem embargo, ao final dessa quarta seção, dá-se também notícia de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que buscam ou reformar o microsistema processual coletivo adotando técnicas processuais estruturais ou objetivam explícita e especificamente disciplinar os processos estruturais em geral.

Por derradeiro, na quinta e última seção do desenvolvimento, após mostrados os problemas e distorções gerados pela indiscriminada litigância individual para modificação de políticas públicas (seção 2), em contraste com a adequação das técnicas dispostas pelo sistema processual coletivo para o tratamento jurisdicional desses litígios (seção 3), que não raro assumem contornos estruturais, a exigirem aproximação processual compatível com suas peculiaridades e complexidade, exigência cujo atendimento pode ser extraído do vigente ordenamento jurídico (seção 4), passa-se a examinar as condições da ação em demandas (pseudo)individuais voltadas à alteração em políticas públicas.

A intenção é verificar se esta velha e tão debatida categoria, a das condições da ação, pode contribuir em matéria de alteração jurisdicional de políticas públicas, máxime pelo ponto de vista da instrumentalidade processual que norteia o trabalho, não obstante, na prática forense, seja bem pouco manejada nessa seara, talvez porque falte fundamentação acadêmica que busque analisar o tema assim delimitado com profundidade, contribuição que, modestamente, se busca fazer neste trabalho.

Com tal intuito, e considerando-se que talvez o caráter inovador da presente tese esteja mais concentrado nas conclusões apresentadas nessa seção do texto, procura-se inicialmente mostrar com clareza o que se compreende por cada uma das condições da ação, pois só assim se poderá com segurança dizer se elas estão ou não presentes em demandas individuais voltadas a modificar políticas públicas. Nesse sentido, abordam-se nessa última seção do trabalho, mesmo que brevemente, a teoria da ação, mormente a teoria das condições da ação, bem como a forma preconizada para sua aplicação, para ao final buscar apresentar resposta embasada quanto ao exame da legitimidade para agir e do interesse processual nas apontadas demandas (pseudo)individuais, completando-se com isso proposta de solução ao problema de pesquisa proposto.

Ao final do texto do desenvolvimento, dedica-se subseção à análise da ideia de acesso à justiça, de sua compatibilidade com a categoria das condições da ação e com a solução proposta, como também da sua compreensão como direito de acesso efetivo à justiça ou acesso à ordem jurídica justa, marcada pela noção de efetividade do processo como instrumento de tutela adequada de direitos.

1 MODIFICABILIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM JUÍZO

Nesta primeira seção do desenvolvimento do texto, cumpre expor o que se compreende por políticas públicas, seus fins, bem como o que se quer designar neste trabalho por alteração de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Importa neste passo também expor o que legitima juridicamente essa atuação judicial, isto é, o que justifica a modificação judicial de uma política pública e em que medida essa forma de atividade jurisdicional se considera conforme o direito. Para isso, convém em primeiro lugar tratar brevemente dos direitos sociais e da possibilidade de sua tutela jurisdicional, porquanto, no mais das vezes, as políticas públicas são preordenadas à concretização de tais direitos.¹

1.1 DIREITOS SOCIAIS COMO VERDADEIROS DIREITOS

Pode-se afirmar, a partir de conceitos apresentados por Pontes de Miranda abordados à frente, que a tutela jurisdicional de mérito em favor do autor (julgamento de procedência) em determinada situação concreta apresentada ao Poder Judiciário é resultado da constatação de que há nessa situação direito subjetivo guarnecido de pretensão de direito material e de ação de direito material. Assim, nesta subseção, pretende-se abordar esses conceitos no que se refere aos direitos sociais, a fim de se apurar sua justiciabilidade – vocábulo utilizado não na acepção de possibilidade de ajuizamento da ação nem da apreciação do mérito da causa, mas sim no

¹ O tema da assim apelada “judicialização” das políticas públicas, tanto pela perspectiva do direito constitucional quanto pela ótica do direito processual civil, é objeto de interesse acadêmico do autor há algum tempo. Na linha da diferenciação e dos conselhos de Sergio Vasconcelos de Luna, a presente tese é fruto de projeto de pesquisa componente de um programa de pesquisa maior sobre o tema que o autor do presente texto vem buscando modestamente realizar. Sobre a noção de programa de pesquisa, vale conferir as palavras de Sergio Vasconcelos de Luna: “Grande parte dos projetos mirabolantes e grandiloquentes constituiria, para pesquisadores experientes, um programa de pesquisa, no qual cada tema importante é analisado, decomposto lógica e teoricamente, encadeado em relação ao conhecimento que deve ir sendo produzido. Esse procedimento, mais do que revelar esperteza por parte do pesquisador, revela profissionalismo: cada etapa concluída é divulgada, submetida à crítica, reformulada e adaptada em relação ao conhecimento já avançado pelo próprio pesquisador e pelos demais. Não faz sentido, portanto, que justamente pesquisadores iniciantes se aventurem em uma pesquisa singular (que mais propriamente deveria constituir um programa de pesquisa) em busca de sentido e relevância para seus resultados. Parafraçando a profa. Maria Amélia Azevedo, se você pretende continuar pesquisando o assunto, não precisa se envolver em um projeto único tão ambicioso; por outro lado, se não pretende, aí é que não faz mesmo sentido formulá-lo desta maneira. ‘Pesquisas que não têm passado dificilmente terão futuro...’” (LUNA, Sergio Vasconcelos de. *Planejamento de pesquisa: uma introdução*. São Paulo: EDUC - Editora da PUC-SP, 1997, p. 10).

sentido de possibilidade de tutela jurisdicional positiva, isto é, de julgamento de procedência do pedido.²

É evidente, todavia, que, o reconhecimento de justiciabilidade (mera potência) não dispensa sua atualização caso a caso, mediante análise dos requisitos de admissibilidade da demanda concretamente deduzida (pressupostos processuais e condições da ação), seguida do exame das questões de mérito (existência do direito afirmado, ocorrência de sua violação etc.).

1.1.1 De normas de direitos sociais podem nascer verdadeiros direitos subjetivos, com exigibilidade judicial

Do direito objetivo surgem dadas situações jurídicas subjetivas, as quais consistem em posições jurídicas que se ligam às pessoas a partir da reprodução na realidade de um suporte fático normativamente previsto. Uma dessas situações é o direito subjetivo, definido por Pontes de Miranda como “atribuição de um bem da vida, quando a lei o garante” – o “que o caracteriza é a subjetividade combinada com a incidência concreta da lei”.³ Nessa linha, direito subjetivo é efeito de um fato jurídico e constitui-se por uma vantagem atribuída a um sujeito, seu titular, relativamente a outro sujeito, a quem cabe o correspectivo dever.⁴

Suporte fático, por sua vez, é um fato ou conjunto fático estabelecido como hipótese normativa, o qual, encontrando fato correspondente ocorrido na realidade, nele se encaixa por assim dizer, de modo tal que esse fato da realidade amoldado ao suporte fático sofre a incidência da norma. Com isso, esse fato do mundo natural é transportado para o mundo jurídico – quer dizer, torna-se fato jurídico – e produz os efeitos jurídicos (= consequências no mundo jurídico) previstos na norma. Dessarte, a posição de vantagem que constitui o direito subjetivo é

² WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 213-224; e ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 33-72.

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. 23.

⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. t. I.

decorrência de um fato jurídico, um fato da realidade física colorido pela norma cujo suporte fático encontrou correspondência naquele fato e cujo conseqüente prevê tal situação jurídica.⁵

Já pretensão de direito material, expressão menos corriqueira na doutrina, consiste na exigibilidade da prestação que é objeto do direito subjetivo, para sua satisfação. Essa exigibilidade acopla-se ao próprio direito subjetivo, fazendo parte dele como um acréscimo. É a possibilidade de exigir do obrigado o cumprimento do direito subjetivo. Pode suceder de o direito não estar dotado de pretensão, como, por exemplo, o direito de crédito com estabelecimento de termo inicial: antes da data de vencimento, embora já exista direito subjetivo, o credor não pode ainda exigí-lo (v. Código Civil, art. 131); é direito sem pretensão.⁶ A pretensão correlaciona-se com o conceito de obrigação, que é o “dever premível do destinatário”.⁷ Seu exercício (= exigência de cumprimento da prestação objeto do direito) condiciona-se, para ser exitoso, à voluntariedade do obrigado.⁸

Se o obrigado não cumprir voluntariamente a prestação exigida, ou seja, se, uma vez exercitada a pretensão de direito material, o obrigado recusar satisfação, surge como nova camada do direito subjetivo a chamada ação de direito material, a qual se consubstancia no “exigir + agir” no sentido da efetivação do direito, desta feita de maneira independente da voluntariedade ou colaboração do obrigado.⁹

Esse “exigir + agir” que constitui a ação de direito material, no curso da história, passou a ser levado a efeito preponderantemente por meio da atuação jurisdicional, ou seja, pelo Estado por intermédio da “ação” processual, a qual, por seu turno, é também “exigir + agir”

⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I.; e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. t. I.

⁶ Como sintetiza Pontes de Miranda, “pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. t. I, p. 68).

⁷ “Obrigação tem, pois, dois sentidos, o de dever, que é larguíssimo (posição subjetiva passiva correlata à de direito), e o de posição subjetiva passiva correlata à de pretensão” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. t. I, p. 68).

⁸ Para Pontes de Miranda (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. t. I), os direitos absolutos (que têm sujeitos passivos totais ou universais) já nascem dotados de pretensão, isto é, com a possibilidade de exigência de que ninguém embarace seu exercício. Já Ovídio Baptista da Silva (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2) atribui a pecha de artificial a essa noção de pretensão de direito material nos direitos absolutos.

⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. t. I, p. 64.

direcionado à atuação jurisdicional, à qual é obrigado o Estado.¹⁰ Deveras, é natural decorrência do fato de o Estado ter arrogado a si o poder quase exclusivo de dizer e realizar o direito a chamada pretensão processual ou pretensão à tutela jurídica, assim como o direito subjetivo público (porque tem no Estado o sujeito com o dever correspondente), autônomo e abstrato à “ação” processual, é dizer, o direito de provocar a atividade jurisdicional. Ao vedar a justiça de mão própria, teve o Estado de conferir a todos a possibilidade de acioná-lo para substituí-los no exercício de sua ação de direito material.

Esse direito de “ação” é autônomo por ser outro que não o debatido no processo. Ele tampouco se identifica com a pretensão e a ação de direito material, as quais podem integrar o direito subjetivo afirmado e cuja tutela é pedida.

É certo, porém, que o Estado só pode exercitar tal ação de direito material, em substituição à parte, após verificar sua efetiva existência. Vale dizer, via de regra, é necessário primeiro se certificar que o direito subjetivo alegado realmente existe e está munido de pretensão exercida por seu titular e resistida pelo obrigado – que se negou a satisfazer a prestação devida –, com o que este violou o direito, o qual passou a ser também dotado de ação de direito material. Como essa verificação é feita *a posteriori*, no processo, pois não se pode conhecer de antemão se o autor tem ou não o direito que alega, impõe-se que se reconheça a todos, independentemente de terem ou não razão, o referido direito subjetivo público à “ação” processual. Só depois se saberá se quem acionou a atuação da jurisdição tinha ou não razão, ou seja, tinha ou não direito à tutela jurisdicional efetivamente, por apresentar direito munido de pretensão e ação de direito material.

E por ser atribuído indistintamente a todas as pessoas, diz-se que o direito de “ação” processual é abstrato. É abstrato porque não depende da existência do direito subjetivo invocado na petição inicial. Assim, nessa linha de compreensão, “ação” processual não é senão “exigir + agir” para desencadear a atividade jurisdicional. O direito subjetivo respectivo é público, porquanto incumbe ao Estado o dever correspondente, autônomo e abstrato. E tem exigibilidade, isto é, tem pretensão, pois o Estado é obrigado à atividade jurisdicional.¹¹

¹⁰ Pontes de Miranda, Ovídio Baptista e outros autores que distinguem ação de direito material e “ação” processual designam esta última costumeiramente assim, com o emprego de aspas.

¹¹ Pontes de Miranda critica a locução “direito de ‘ação’”, pois, na esteira do exposto, tanto a pretensão à tutela jurídica quanto a “ação” (processual) são simples *plus* acoplados ao direito subjetivo público à atuação jurisdicional; não se trata de outro direito (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t.

De modo mais direto, podem-se sintetizar essas ideias assim: a um direito subjetivo invariavelmente corresponde um dever, como decorrência de uma norma jurídica que os rege. E se o direito subjetivo não for satisfeito, quer dizer, se for violado, é devido remédio jurisdicional adequado mediante provocação.¹²

A questão cuja solução se busca deixar clara nesta subseção é a de saber-se se a estrutura apresentada, necessária à justiciabilidade, faz-se ou pode-se fazer presente no que se refere aos direitos sociais. Ou, sob outro enfoque, importa definir se das normas de direitos sociais podem dimanar direitos subjetivos revestidos de pretensão e ação de direito material.

Pois bem, o direito social pode perfeitamente revestir-se dos traços que conferem a essência desses conceitos, pois nada mais é que a atribuição a alguém de determinado bem da vida, acompanhada da imputação a outra pessoa do dever correspondente, surgida enquanto efeito de fato jurídico amoldado à norma que assegura tal atribuição. Em assim sendo, trata-se de direito subjetivo, com potencial exigibilidade (pretensão), a depender das circunstâncias concretas, e dotado de ação de direito material em caso de violação.

1.1.2 Direitos sociais decorrentes de regras e princípios e sua justiciabilidade

Sabe-se que a ordem jurídica em vigor estabelece uma multiplicidade de direitos sociais, como o direito à educação, à saúde, à previdência, à moradia, entre outros. São os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração:¹³ direitos sociais, econômicos e culturais, abreviadamente aqui chamados de direitos sociais, os quais são também denominados prestacionais, pois, de forma mais evidente e intensa em comparação com os direitos de primeira geração ou dimensão, requerem do Estado a implementação de prestações

D). Nada obstante a lógica precisa desse raciocínio, é de ver que a expressão direito de ação, a significar direito à atuação jurisdicional, simplifica a compreensão da matéria e está amplamente difundida na doutrina.

¹² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

¹³ Tem sido mais prestigiada hodiernamente a palavra *dimensões*. Contudo, o termo *gerações* parece bastante apropriado. A crítica ao vocábulo *geração* centra-se na ideia de que ele passaria impressão de sucessão de uma geração de direitos por outra, como se uma tivesse morrido e foi substituída por outra que nasceu, o que obviamente não corresponde à realidade do surgimento dos direitos fundamentais, em que há soma e complementaridade dos mais antigos pelos mais novos. Porém, a despeito de a crítica ter sentido, não parece ter força suficiente a justificar o abandono da palavra *geração*, a uma porque esta expressa a historicidade dos direitos fundamentais, que foram gestados aos poucos e de acordo com dadas demandas localizadas historicamente, e, a duas, porque, não se empregando o termo para referência a pessoas, mas sim a direitos, é muito improvável que conduza ao erro de haver direitos sucedendo-se ou substituindo-se no tempo.

predispostas e organizadas em dado programa de ação. Quer dizer, os direitos sociais dependem para sua concretização da concepção e realização de políticas públicas.¹⁴

É bem conhecido o entendimento hoje preponderante de que as normas estabelecidas de direitos fundamentais – como, de resto, todas as normas jurídicas – são classificadas em duas espécies: regras e princípios. São ambas formuláveis por intermédio das expressões deônticas do obrigatório, do permitido e do proibido, ou seja, princípios e regras prescrevem o dever ser. Entre os vários critérios estabelecidos para distinguir as duas espécies normativas, destaca-se o consistente no grau de generalidade da norma, o qual seria maior nos princípios do que nas regras, pois aqueles dão as grandes linhas de todo o direito ou de um ramo seu, as quais podem ser discernidas em várias regras, cujas hipóteses são mais particulares, referindo-se a situações mais específicas. Nada obstante a difusão do critério da generalidade, Robert Alexy, em conhecida formulação, afasta-o para propor diferenciação cuja síntese pode ser lida neste excerto:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹⁵

Além disso, princípios “não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*”¹⁶, são “razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões *definitivas*”.¹⁷ Em paralelo, também se distinguem os direitos *prima facie* dos direitos definitivos. Apenas esses últimos são objeto de tutela jurisdicional, ainda que venham

¹⁴ Isso não significa que os direitos civis e políticos, de primeira geração ou dimensão, também designados como liberdades negativas – em razão de sua satisfação depender marcadamente de abstenção por parte do Estado – prescindam de qualquer organização, atuação estatal ou despesa pública, como se verá na sequência do texto. O cerne da distinção está na intensidade: a necessidade de prestações estatais é mais forte e clara na realização de direitos sociais.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 90-91.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 106.

a derivar indiretamente de princípios – a derivação aí é indireta porque o direito definitivo decorre diretamente da regra definida como resultado da relação de preferência estabelecida em face de colisão verificada num caso concreto.¹⁸

Quanto ao suporte fático das normas que preveem direitos fundamentais, partindo dessa diferenciação, Virgílio Afonso da Silva explica que regras fazem nascer direitos (e deveres) definitivos, ao passo que princípios dão origem direta a direitos (e deveres) *prima facie*. Por isso, como corolário da incidência de uma regra jurídica, surge um direito definitivo que deve ser por completo realizado. Por outro lado, tratando-se de princípios, sua consequência jurídica não é sempre realizada plenamente. Isso porque o princípio prevê e determina um consequente *prima facie*, de tal sorte que, somente caso a caso, em face das circunstâncias concretas que se apresentam, será viável a definição do que é normativamente determinado. Essa forma de aplicação dos princípios resulta de sua forma de ser, na concepção de Alexy, como mandamentos de otimização, é dizer, como normas que determinam que algo seja cumprido na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas (incidência de outros princípios, p. ex.) que o caso concreto apresenta.¹⁹

Dessarte, o suporte fático de princípios que estabelecem direitos fundamentais, inclusive sociais, não é restrito, ou seja, não há delimitação *a priori* do âmbito de proteção normativa, excluindo-se condutas, estados e posições jurídicas ali não previstos precisamente.²⁰ Antes, o suporte fático da norma aí é amplo e sua fixação exata dá-se apenas *a posteriori*, perante as circunstâncias e peculiaridades concretas do caso e outras normas também incidentes. Diante disso, constatada a incidência de princípio constitucional estabelecedor de direito fundamental de segunda geração, esse “direito social também deve ser realizado na maior

¹⁸ Confira-se a explicação de Alexy: “Se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto – o que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa a exceções –, então, ela é uma *razão definitiva*. Se o juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então, esse direito é um *direito definitivo*. Princípios são, ao contrário, sempre *razões prima facie*. Isoladamente considerados, eles estabelecem apenas direitos *prima facie*. [...] Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108).

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

²⁰ Essa compreensão de suporte fático delimitado foi albergada implicitamente em votos no julgamento pelo STF do MS n. 21.729, os quais excluíram o sigilo bancário, de antemão, do âmbito de proteção do princípio da privacidade, positivado no art. 5º, X, da Constituição (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011).

medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes”, consoante arremata Virgílio Afonso da Silva.²¹

Logo, ainda que um direito social esteja previsto em norma-princípio, e não em norma-regra – de modo que seu suporte fático normativo não seja *a priori* delimitado e tampouco seja perfeitamente preestabelecido seu conseqüente jurídico –, mesmo assim, é possível que de tal espécie normativa surjam direitos subjetivos sociais (com pretensão e ação de direito material, em caso de violação), sem embargo de que a verificação e o raciocínio necessários à conclusão pela presença de direito a reclamar tutela jurisdicional em tais casos possa apresentar e amiúde apresente complexidade bem mais elevada em cotejo com raciocínio silogístico a amparar a aplicação de uma regra jurídica simples e clara.

Nessa ordem de ideias, não parece adequada a compreensão de que a justiciabilidade de direitos sociais deva restringir-se à noção de mínimo existencial, entendido como o núcleo duro, essencial, do direito fundamental social alegado.²²

Com efeito, não se pode olvidar que o art. 5º, § 1º, da Constituição determina a aplicabilidade imediata das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Há interpretações diversas desse dispositivo constitucional. Dirley da Cunha Júnior, por exemplo, dele extrai o sentido de que todas as regras e princípios da Constituição que dispõem sobre direitos fundamentais devem receber aplicação imediata, sem necessidade de intermediação ou

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

²² Quanto às teorias absoluta e relativa sobre o mínimo existencial, as quais, respectivamente, explicam-no como um conteúdo mínimo prévio e delimitado de cada direito social ou como um conteúdo basilar dependente de ponderação em cada caso concreto, cf. COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370 (especialmente pp. 349-350); e SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 202-207. Vale observar que o Projeto de Lei n. 8.058/2014, em longa tramitação na Câmara dos Deputados, o qual objetiva criar um “processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”, esboça, em seu art. 7º, parágrafo único, definição do mínimo existencial nestes termos: é “o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências). O Anteprojeto de que se originou esse Projeto de Lei foi gestado no Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), sob a presidência de Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover, na sequência de debates e estudos sobre o tema (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 506-508).

detalhamento por norma infraconstitucional.²³ Assim, por tal interpretação, tais normas são aptas *per se* a gerar posições subjetivas cuja violação impõe proteção jurisdicional.

Outros autores, diferentemente, em interpretação calcada na dignidade da pessoa humana, atam a justiciabilidade imediata – decorrente de maneira direta da norma constitucional, sem necessidade de interpolação legislativa que dê ao direito fundamental maior densidade nem de interposição do Poder Executivo mediante certa política pública – à ideia de mínimo existencial, ao núcleo essencial extraído do direito social cuja tutela é pretendida. Cuida-se de construção amparada no intento de conferir efetividade ao mínimo necessário a uma vida digna.²⁴

Ricardo Lobo Torres apresenta compreensão que se aprofunda nesse último sentido: os direitos sociais seriam dotados de jusfundamentalidade exclusivamente nos limites dados pelo mínimo existencial. Isto é, só seriam genuínos direitos fundamentais os direitos sociais na parte de seu conteúdo passível de enquadramento na noção de mínimo existencial. Em assim sendo, somente quanto a esse núcleo básico teriam os direitos sociais justiciabilidade, e não em sua inteireza. A efetivação plena do direito social previsto constitucionalmente precisaria ser buscada no processo democrático, pelo exercício da cidadania.²⁵

Kazuo Watanabe, seguindo essa linha da vinculação entre justiciabilidade imediata e mínimo existencial, propugna a ampliação da possibilidade de tutela jurisdicional também para prestações que, muito embora sejam inabarcáveis pelo mínimo existencial do respectivo direito social, encontrem nas normas constitucionais definidoras do direito densidade suficiente para tanto. Isso se dá em relação aos textos constitucionais dos quais se possa extrair diretamente a política pública necessária à implementação do direito, sem que tal política precise ser desenhada, ao menos em seus contornos mínimos de realização, mediante interposição

²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

²⁴ Nesse sentido, cf., p. ex., BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011; WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 213-224; GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 125-150; e COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

legislativa ou administrativa – por exemplo: art. 230, § 2º, da Constituição (“§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”) e certas normas sobre direitos trabalhistas previstas no art. 7º da Constituição.²⁶

Parece, contudo, que, nessa última hipótese, de normas com suficiente densidade a ensejar justiciabilidade para além do mínimo existencial, cuida-se de regras, com hipótese e consequências jurídicas bem delimitadas, e não de princípios. A propósito, Ada Grinover estende a vinculação entre justiciabilidade imediata e mínimo existencial igualmente para regras constitucionais. Segundo a processualista, o mínimo existencial é “pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais”.²⁷

Essa extensão, todavia, afigura-se injustificável. Em primeiro lugar porque regras devem ser aplicadas tal qual foram definidas em sua hipótese e consequência, como sucede não apenas com regras constitucionais, mas com as regras jurídicas em geral. E se assim se dá a aplicação de qualquer regra jurídica, inexistente razão para dispensar diverso tratamento às regras constitucionais; antes, regras da Constituição devem ser com ainda maior rigor cumpridas. E, em segundo lugar, não faz sentido condicionar a aplicação imediata das regras de direitos fundamentais ao mínimo existencial porque a correlação deste com justiciabilidade imediata foi concebida para dar maior efetividade ao núcleo básico da dignidade da pessoa humana, em torno da qual gravitam os direitos fundamentais. A necessidade de recorrer-se a tal expediente existe, no plano normativo, só com relação aos princípios, como explicado, pois, para as regras de direito fundamental, basta sua aplicação tal qual prevista para que se atenda mais plenamente a dignidade da pessoa humana. De fato, restringir a aplicação da regra ao mínimo existencial, sobre contrariar a própria estrutura normativa definida dela, seria paradoxalmente observar em menor intensidade o princípio da dignidade humana.

Com o exposto, espera-se ter deixado claro que a incidência não apenas de regras como também de princípios pode render ensejo ao nascimento de direitos subjetivos de natureza social cuja lesão ou ameaça reclama legitimamente tutela jurisdicional. Para tal conclusão,

²⁶ Segue nessa direção o Projeto de Lei n. 8.058/2014, referido acima (nota de rodapé n. 22), que trata do controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário: “Art. 28. Na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 7º, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.”

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 125-150, p. 133.

parece inadequado recorrer à noção de mínimo existencial enquanto condicionante operativa da incidência normativa ou de sua consequência jurídica. É certo que o conceito de mínimo existencial pode influenciar a solução de colisão entre princípios, solução de que ressairá, no caso concreto, conclusão quanto a haver ou não direito subjetivo a ser protegido. Isso, no entanto, não é o mesmo que afirmar a restrição dos efeitos dos princípios constitucionais definidores de direitos fundamentais sociais ao perímetro de prestações materiais demarcado pelo conceito de mínimo existencial.

De toda sorte, antes de finalizar esta subseção, vale fazer um registro: como primeiro ponto do raciocínio que se busca construir no presente texto, procurou-se afirmar a existência de direitos sociais jurisdicionalmente tuteláveis, os quais podem derivar da incidência de princípios, inclusive. Não se olvidam, entretanto, os notórios exageros judiciais perpetrados tanto em matéria de revisão de políticas públicas quanto em outros temas. Trata-se de decisões judiciais que superam a presunção de legitimidade própria aos atos praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo – cujos membros, não é demais recordar, recebem legitimidade do voto popular para, em nome do povo, tomada de decisões políticas, na forma e nos limites constitucionalmente previstos –, sem, porém, espeque em parâmetro normativo minimante definido ou com suficiente densidade para tal superação.

Se, por um lado, sobretudo a partir do segundo após-guerra e dos julgamentos de Nuremberg, fez-se sentir generalizada aspiração por uma compreensão global e unitária dos problemas jurídicos, ou seja, por uma ciência jurídica ligada aos processos axiológicos e históricos, econômicos e sociais, o que conduziu ao acertado abandono do normativismo jurídico abstrato (pelo qual se via o direito apenas como sistema de normas)²⁸, passando a norma jurídica a ser compreendida de forma sistemática (dentro da totalidade do ordenamento) e dinâmica, em vista das alterações semânticas que ela pode sofrer em razão de novas valorações ou mudanças na hierarquia de valores, fatos supervenientes, interferências interpretativas provenientes de novas normas ou da conjugação de dois ou desses três fatores; é dizer, se é verdade que as normas não esgotam a experiência jurídica, que abarca também o complexo fático-axiológico que condiciona tanto sua gênese quanto seu significado, não menos certo é, por outro lado, que o juiz, na interpretação e aplicação do direito, deve ser considerado livre

²⁸ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979.

não perante a lei e os fatos, mas dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins (valores) que condicionam o processo normativo.

Isso porque “a *norma* é, por assim dizer, uma ponte elástica e flexível entre o complexo fático-axiológico, que condicionou sua gênese, e os complexos fático-axiológicos a que visa atender, no desenrolar do processo histórico”. Ela deve ser assim concebida em razão das alterações semânticas que sofre pela intercorrência de novos fatos, valores e normas. “Tais alterações de significado, no entanto, encontram natural limitação na estrutura formal da regra jurídica positivada, não sendo possível esforço de exegese que manifestamente desnature o seu enunciado”.²⁹

O exame dos abusos interpretativos cometidos por alguns juízes, naquilo que comumente tem-se denominado decisionismo judicial – em que o julgador, de modo ilegítimo, substitui deliberações dos representantes eleitos do povo por preferências e convicções pessoais, travestidas ou disfarçadas de pretensos princípios jurídicos –, não cabe obviamente nos modestos lindes deste texto, mas importa sua referência aqui como prática ilegítima e estranha ao que se buscou explanar acima relativamente à derivação de direitos sociais a partir de normas principiológicas.³⁰

1.2 O PROBLEMA DA INEFETIVIDADE OU MENOR EFETIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS

Se é verdade que as normas definidoras de direitos sociais, como o direito à saúde, educação etc., dão azo ao surgimento de direitos subjetivos – conforme se procurou demonstrar

²⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 564, grifo do autor.

³⁰ Acerca do caráter criativo da atuação jurisdicional – não apenas no sentido carneluttiano de formulação da norma individual para composição da lide concretamente deduzida, mas principalmente no que se refere à concretização da norma jurídica encontrada a partir da interpretação do direito positivo em cotejo com as peculiaridades concretas do caso, norma essa passível de universalização, ou seja, de aplicação a outros casos similares –, acerca desse importante tema, atualíssimo em razão do reforço levado a efeito pelo CPC de 2015 ao sistema de precedentes, em aula ministrada no primeiro semestre de 2022 da disciplina de Doutorado “Processo Civil Contemporâneo: desde a superação da Teoria Geral do Processo à concepção do Processo Estrutural”, a Professora Teresa Arruda Alvim fez expressiva observação no debate instaurado sobre os limites dessa atividade criadora, que calha aqui reproduzir de memória: se o texto normativo diz “cadeira”, é dado ao intérprete dele extrair norma para reger o caso concreto que diga “cadeira vermelha e estofada”, “cadeira baixa de madeira”, “cadeira com três pernas” etc. etc. A depender das características e necessidades do caso concreto, pode até, com um tanto mais de esforço hermenêutico e ônus argumentativo, concretizar norma que diga “banco” ou “poltrona”. Jamais poderá, porém, legitimamente sacar norma que diga “mesa”.

–, apresenta-se natural e consecutivamente a questão sobre sua (in)efetividade, ou seja, sobre sua real satisfação e, por conseguinte, sua tutela jurisdicional em caso de descumprimento do dever que lhe é correlato.

Há décadas tem-se compreendido, como ressalta Norberto Bobbio, que a dificuldade mais importante enfrentada no que diz respeito aos direitos do homem não mais se relaciona a sua legitimação ou justificação; o grande obstáculo reside nos problemas concernentes à proteção efetiva dos direitos reconhecidos. Assim, a questão filosófica sobre a existência e justificação dos direitos do homem cedeu lugar ao problema político-jurídico e prático relacionado às medidas para sua proteção.³¹

Essa dificuldade relacionada à realização dos direitos, seja internamente, seja no plano internacional, faz-se sentir de modo mais marcante no que se refere aos direitos sociais. Em razão disso, ao abordar o baixo grau de efetividade das normas que preveem direitos sociais, questiona Norberto Bobbio: são preceitos normativos de feição meramente programática? Contêm determinação, proibição ou permissão para um futuro incerto? Estabelecem “direitos” com exigibilidade indefinidamente adiada?³²

Essas questões evocam a tradicional distinção entre eficácia e efetividade da norma jurídica. Eficácia é aptidão para produzir efeitos jurídicos e relaciona-se com a estrutura da norma. Já efetividade é a medida do alcance real da função da norma; refere-se ao desempenho concreto da norma no sentido de sua finalidade. Comentando essas duas categorias, Virgílio Afonso da Silva tece críticas à famosa classificação das normas constitucionais segundo sua eficácia – decorrente do teor do texto normativo –, proposta por seu pai, José Afonso da Silva.

³¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Optou-se por manter, neste passo, a expressão empregada por Norberto Bobbio: “diritti dell’uomo”. A propósito, releva observar inexistir rigor conceitual exato para diferenciar as locuções “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, as quais ora são manejadas de forma indiferente e intercambiável, ora utilizadas para a designação de direitos com diferentes fundamentos normativos: direitos humanos seriam os consagrados no direito internacional público (em tratados, p. ex.) – ou seriam direitos ainda não positivados, nem no direito doméstico nem no direito internacional – e fundamentais seriam os direitos previstos na Constituição. É possível falar ainda em “direitos humanos fundamentais” para designar todos esses direitos. Cf. a respeito: SARLET, Ingo Wolfgang. As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais. *Revista Consultor Jurídico*, 23 jan. 2015. No presente texto, o signo “direitos sociais” tem como referente tanto os direitos decorrentes do ordenamento jurídico brasileiro quanto os oriundos do direito internacional público, pois ambos podem suscitar o problema de sua efetivação em juízo mediante alteração em políticas públicas. É de ver, sem embargo disso, que o texto constitucional de 1988 contempla rol amplo de direitos sociais, o que torna na maior parte das vezes desnecessário recorrer a previsões em tratados internacionais. Donde a preferência no presente texto pelos termos “direitos fundamentais”.

³² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Cumpre consignar que Bobbio também considera os princípios como classe de normas jurídicas (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999).

Isso porque, em primeiro lugar, todas as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais podem ser limitadas por normas infraconstitucionais, de maneira que a diferenciação entre eficácia contida e plena não se justifica. Em segundo lugar, igualmente todas as normas constitucionais podem (e, algumas vezes, devem) ser regulamentadas, o que subtrai sentido à distinção entre eficácia limitada e plena. E, de resto, regulamentação e limitação guardam dessemelhanças bastante tênues e na prática, não raro, confundem-se.³³

Como se sabe, a denominada eficácia plena é ordinariamente conectada com as liberdades públicas e os direitos políticos, ao passo que a limitada, com os direitos sociais. Essas conexões são criticadas por Virgílio Afonso da Silva, pois estariam amparadas menos no texto da norma do que em opções de cunho político-ideológico. Isso porquanto o componente realmente definitivo relativamente à eficácia normativa e à realização dos direitos normativamente previstos reside no funcionamento de políticas públicas a tanto preordenadas.³⁴ Nessa ordem de ideias, são aproximados os conceitos de eficácia e efetividade: eficácia, para mais que aptidão para emanar efeitos jurídicos, condicionada a dados pressupostos normativos, passa a englobar também a noção de efetivação dos direitos na realidade.

Importa notar que não são somente direitos sociais requerem, para sua concretização na realidade, regramento mais detalhado e prestações estatais dependentes de despesas públicas. Também os reclamam direitos fundamentais de primeira geração. Ilustre-se o argumento pela comparação entre o direito de sufrágio e o direito à saúde: aquele, para sua efetivação, não prescinde da estruturação da Justiça Eleitoral e de seu funcionamento, organizando e administrando o processo eleitoral e seus atos preparatórios, tal como o alistamento eleitoral, por exemplo, atividade disciplinada por toda uma normatização infraconstitucional e viável apenas porque há prédios, servidores etc. Em termos gerais, algo similar sucede com a saúde pública, que exige regulamentação, médicos e outros profissionais de saúde, hospitais, postos de saúde, equipamentos etc. Em suma, tanto o direito de sufrágio quanto o direito à saúde têm sua efetividade condicionada à elaboração e implementação de políticas públicas. Todavia, hoje, o sufrágio conta com política pública suficientemente estruturada; a saúde pública, não.

³³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Ademais, o objeto das liberdades públicas não é mais visto como simples abstenção por parte do Estado: por exemplo, o direito de propriedade demanda, para sua efetiva proteção, não apenas legislação adequada como ainda um sistema de registro imobiliário estruturado e efetivo, afora o funcionamento da polícia, do Poder Judiciário etc.³⁵

Não se ignora, é claro, que os custos de realização dos direitos sociais são, em geral, superiores aos necessários a dar concretude a direitos de liberdade, notadamente porquanto cada um dos direitos sociais – direito à educação, à saúde, à previdência, à moradia, entre outros – depende de investimentos em políticas públicas específicas, diferentemente do que se dá com parte significativa das despesas direcionadas à assecuração das liberdades públicas – para edição de legislação e organização da polícia e do Poder Judiciário, por exemplo –, despesas que são em boa medida aproveitadas globalmente por todas ou quase todas aquelas liberdades.³⁶

O ponto que se quer frisar aqui, de todo modo, é o seguinte: seja em relação a direitos sociais, seja também quanto aos direitos de liberdade, o foco da discussão sobre a efetiva produção de efeitos das normas que os consagram, para além da verificação de sua eficácia limitada ou plena – que tem inegável utilidade na explicação da construção normativa –, deve estar na existência ou não de condições institucionais e materiais a tanto. Essas condições fáticas de efetividade são também parte do direito e devem, pois, ser levadas em consideração pelo jurista. A “conversão efetiva da regra de direito em momento de vida social, isto é, no tocante às condições do real cumprimento dos preceitos”, compõe certamente a experiência jurídica.³⁷

Se, consoante exposto, 1º, direitos sociais podem constituir direitos subjetivos cuja ofensa impõe tutela jurisdicional e, 2º, a concretização do direito ordinariamente se condiciona a uma política pública direcionada a esse fim, desenhada e efetivada pelos Poderes primariamente competentes para essa tarefa, Legislativo e Executivo, os quais detêm as necessárias organização e estrutura administrativas para o alcance de visão de conjunto imprescindível a decisões de alocação de recursos públicos limitados, surge a complexa questão

³⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999; e SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

³⁷ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 15.

sobre a possibilidade ou não de o Poder Judiciário, para a tutela do direito, alterar a respectiva política pública, do que se passa a tratar na sequência.

1.3 POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Na presente subseção, objetiva-se apresentar a definição adotada de políticas públicas para, na sequência, começar a tratar da admissibilidade jurídica de alteração delas em processos judiciais.

1.3.1 Definição de políticas públicas

O liberalismo político moldou, a partir do fim do século XVII, o Estado moderno a partir da ideia central de império da lei, de Estado de Direito, em superação ou limitação ao modelo de governo dos homens, em reação ao absolutismo. Neste contexto, surgiu a noção ficcional de contrato social como tentativa de justificar-se o poder estatal, passando-se a conferir relevância capital à atividade do Poder Legislativo, porquanto as leis, editadas por representantes eleitos dos cidadãos, tinham o papel de restringir o exercício do poder governamental. Para o cumprimento desse papel de garantir segurança, as leis precisavam de estabilidade e os demais Poderes, o Executivo e o Judiciário, tinham a seu encargo o dever tão somente de executá-las.³⁸

Sucedem que o Estado liberal, vazado em tais moldes, isto é, marcado pela supremacia do Poder Legislativo e pela imposição de rigorosa observância à lei, visando à segurança e à estabilidade – ante cujas finalidades a preocupação maior era evitar abusos e ingerências indevidas do Estado –, findou por mostrar-se incapaz de lidar com as alterações e demandas sociais oriundas da revolução industrial. Essa incapacidade impôs a remodelação do Estado, que se viu compelido a uma forma de atuação mais positiva, planejando e executando tarefas e atividades preordenadas a certos fins sociais. Donde foi erigido o chamado Estado social ou

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 35, n. 138, pp. 39-48, abr./jun. 1998.

dirigente, cujas feições acabaram por atribuir maior proeminência à atuação do Poder Executivo, incumbido da função de elaborar e concretizar programas de ação estatal hoje denominados políticas públicas.³⁹

Políticas públicas podem ser definidas como meios ou instrumentos de que o Estado se vale para alcançar fins de relevância social, entre os quais se destaca a satisfação de direitos sociais. Tais instrumentos são compostos por “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”.⁴⁰

Maria Paula Dallari Bucci, vale consignar, apresenta definição semelhante:

Pode-se partir de uma definição provisória de políticas públicas como programas de ação governamental voltados à concretização de direitos. [...] Há uma estreita relação entre os temas das políticas públicas e dos direitos humanos. Pois uma das características do movimento de ampliação do conteúdo jurídico da dignidade humana é a multiplicação das demandas por direitos, demandas diversificadas e pulverizadas na titularidade de indivíduos.⁴¹

Em outro trabalho, a mesma autora oferece definição similar, mas um pouco mais ampla: “[p]olíticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.⁴²

1.3.2 Admissibilidade jurídica de alteração de políticas públicas em processos judiciais

Os Estados sociais adotaram Constituições dirigentes, em cujos textos foram definidos certos fins de interesse social que o Estado deveria almejar, bem como programas de atuação estatal que deveriam ser observados. De tais previsões constitucionais até a hoje decantada judicialização das políticas públicas foram necessários poucos e previsíveis passos.⁴³ Com o reconhecimento do caráter normativo dessas novas previsões constitucionais, abriu-se ampla

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 35, n. 138, pp. 39-48, abr./jun. 1998.

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 35, n. 138, pp. 39-48, abr./jun. 1998, p. 45.

⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo, Pólis, 2001, p. 13.

⁴² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 35, n. 138, pp. 39-48, abr./jun. 1998.

via para a exigência de seu efetivo desempenho perante o Poder Judiciário. Com efeito, na esteira do exposto nas subseções precedentes, se os direitos sociais devem ser protegidos judicialmente quando lesados ou ameaçados, segue-se que as respectivas políticas públicas são revisáveis jurisdicionalmente, como corolário lógico natural do modelo constitucionalmente adotado de realização daqueles direitos. (Duas questões básicas emergem dessa conclusão: 1ª, a de saber-se em que situações essa atuação judicial é juridicamente justificada – a resposta, na linha do que já se iniciou a expor acima, é que a legitimidade de tal atuação decorre da necessidade de tutela do direito violado ou ameaçado e apenas na medida dessa necessidade; e, 2ª, a de definir-se se há uma forma processualmente adequada a tanto que deve ser observada, problema que toca o cerne da pesquisa da qual resultou o presente texto.)

Acresça-se, ainda, que a adoção do regime de governo presidencialista explica também, em parte, as causas da força verificada no reportado tipo de controle jurisdicional. Como se sabe, o presidencialismo inspirador do sistema estadunidense nasceu com fins marcantes relacionados com a contenção do poder e a evitação de abusos governamentais. Desse objetivo decorreu boa parte da grande acolhida à teoria elaborada por Montesquieu havida nos Estados Unidos da América, com a tripartição das funções estatais entre três Poderes, a qual resulta em desconcentração do poder e num sistema de controles recíprocos dentro da estrutura estatal – ao que se somou, ainda, naquele país, a forma federativa de Estado, que similarmente gera distribuição de poder dentro da estrutura de governo (entre ente central e unidades federativas parciais).

Nesse sistema de governo presidencialista, despontou o controle de constitucionalidade como instrumento de poder mais significativo do Poder Judiciário. Vale lembrar, contudo, que, a despeito de tal sistema já estar configurado em 1787 na Constituição norte-americana, o controle difuso de constitucionalidade só se moveu da potência ao ato em 1803, com o famoso julgamento da Suprema Corte sob presidência do juiz Marshall no caso *Marbury versus Madison*, de maneira que a jurisdição constitucional naquele país foi paulatinamente firmando-se em paralelo com a consolidação do papel do Poder Judiciário. Não por outra razão, apesar do relevante influxo das ideias de Montesquieu na construção do texto constitucional estadunidense, a noção do juiz “boca da lei” ali não frutificou.⁴⁴

⁴⁴ SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário, controle jurisdicional e políticas públicas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 305-312; e SADEK, Maria Tereza Aina.

No Estado brasileiro, o Poder Judiciário por largo período teve na autocontenção seu traço mais marcante em se tratando de revisão de políticas públicas. Esse quadro só passou a modificar-se com a Lei 4.717/65, que instituiu a ação popular, e foi agudamente alterado com a promulgação da atual Constituição da República, que, entre muitas outras coisas importantes para a matéria em análise, estabeleceu em seu art. 3º, como objetivos fundamentais do Estado, audacioso e grandioso plano de metas de amplo alcance: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com desenvolvimento, erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, bem como a promoção do bem de todos.

Além disso, a Constituição de 1988 elevou a moralidade administrativa a parâmetro de revisão judicial (arts. 5º, LXXIII, e 37), o que naturalmente alargou os limites e possibilidades de tal revisão.⁴⁵ E mais que isso, assegurou inúmeros direitos fundamentais sociais (à educação, saúde, alimentação, moradia, segurança pública, previdência social, assistência social, proteção à maternidade e à infância, ao trabalho, transporte, lazer etc.). Ora, é intuitivo que, quanto mais extenso e detalhado o rol constitucional de direitos fundamentais, em especial dos sociais, mais espaço encontra a atuação judicial para rever e modificar políticas públicas.⁴⁶ Quanto a esse aspecto, confirmam-se as observações de Maria Paula Dallari Bucci:

O problema da justiciabilidade dos direitos sociais se alarga muito, passando a abarcar todo o caminho de efetivação de um direito, desde o seu nascimento, quando é previsto na norma, até a sua emancipação, quando é encartado em determinado programa de ação de um governo e passa a integrar medidas de execução. Em outras palavras, a exigibilidade de um direito aparece nas várias fases de organização temporal da política pública, desde o estabelecimento da agenda (*agenda setting*), a formulação de alternativas, a decisão, a implementação da política, a execução até a fase final, da avaliação.⁴⁷

Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 1-32. A autora observa ainda que o regime de governo parlamentarista se originou, semelhantemente, de ideias ínsitas ao liberalismo político, isto é, também foi concebido para implementação de um Estado de Direito e limitação do poder. Contudo, o principal móvel para adoção do parlamentarismo não se encontrava na finalidade de dispersão do poder; antes, estava no objetivo de transferir poderes do rei para o parlamento, figura cuja preponderância, ao fim e ao cabo, termina por enfraquecer em boa medida a apontada função de controle do Poder Judiciário.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 125-150.

⁴⁶ SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário, controle jurisdicional e políticas públicas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 305-312; e SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 1-32.

⁴⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo, Pólis, 2001, p. 10.

Também no sentido da sindicabilidade das sucessivas fases de concepção e implementação de políticas públicas, cite-se a compreensão de Fábio Konder Comparato:

Esclarecida, assim, essa clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais, estabeleçamos, desde logo, que o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto não só as finalidades, expressas ou implícitas, de uma política pública, mas também os meios empregados para se atingirem esses fins. [...] também em matéria de políticas públicas, pode haver inconstitucionalidades por omissão. [...] Seria desejável, em segundo lugar, que a demanda judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas pudesse ter, além do óbvio efeito desconstitutivo (*ex nunc*, como assinalado), também uma natureza injuntiva ou mandamental. Assim, antes mesmo de se realizar em pleno um programa de atividades governamentais contrário à Constituição, seria de manifesta utilidade pública que ao Judiciário fosse reconhecida competência para impedir, preventivamente, a realização dessa política.⁴⁸

Traga-se à memória, além disso, que a Constituição de 1988 dispôs também acerca de instrumentos e mecanismos vocacionados a garantir a efetivação dos direitos fundamentais encartados na extensa lista que lhes destinou, como, por exemplo, a já apontada aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e o fortalecimento do Ministério Público (arts. 127 e 129).

No mais, sem se olvidarem as dificuldades que essa forma de controle jurisdicional impõe (as quais se intenta evidenciar nas próximas seções), a legitimidade da atuação do Poder Judiciário nessa seara ressaí não apenas do próprio texto da Constituição – nomeadamente dos dispositivos referidos no parágrafo anterior: inciso XXXV do art. 5º, que estabelece a inafastabilidade da jurisdição, §1º do mesmo artigo, que determina a aplicabilidade imediata das normas estabelecedoras de direitos fundamentais⁴⁹ –, como também se extrai da noção de constitucionalismo.

Com efeito, a partir da ideia de constitucionalismo, distinguem-se, de um lado, poder constituinte, cujo titular é o povo, poder de que emana a “lei mais alta”, a Constituição, e, de outro, poder ordinário, exercido pelas autoridades governamentais constituídas, as quais editam a “lei comum” (legislação infraconstitucional). Em democracias constitucionais, o poder constituinte guia e limita o poder ordinário, em verdadeira relação de subordinação assegurada por meio do controle de constitucionalidade. Com isso, o exercício do poder supremo não está nas mãos do parlamento e tampouco com os juízes da suprema corte, mas sim dividido entre os três Poderes no contexto da interdependência que a Constituição preconiza entre eles, de

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 35, n. 138, pp. 39-48, abr./jun. 1998, pp. 46-47.

⁴⁹ Sobre o ponto, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. 2008, pp. 13 e 20.

maneira que os três têm responsabilidades perante o povo, titular do poder soberano.⁵⁰ Donde se infere que o exercício do controle de constitucionalidade reputa-se antimajoritário apenas e tão somente desde uma visão parcial do quadro apontado, isto é, levando-se em conta exclusivamente a lei ordinária; jamais o será, todavia, se se considerar o quadro completo, porquanto serve justamente a garantir prevalência à lei mais alta, editada pela autoridade superior do povo. Numa democracia constitucional, portanto, não se pode reputar antidemocrática a indigitada revisão judicial, enquanto realizada como meio necessário à tutela de direitos.⁵¹

De todo modo, no Brasil, já há algum tempo a compreensão pretoriana, do Supremo Tribunal Federal inclusive⁵², sedimentou-se no sentido da possibilidade da revisão e mudança de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Para a legitimidade dessa atuação judicial, tem-se entendido necessária a constatação de comportamento injustificável por parte do Estado, inclusive mediante omissão, a deixar ao desabrigo direitos sociais assegurados no texto constitucional. Aos Poderes Legislativo e Executivo compete primariamente formular e realizar políticas públicas. Mas incumbe ao Ministério Público, no desempenho das funções institucionais que a Constituição lhe cometeu⁵³, e ao Poder Judiciário, com inafastável atuação jurisdicional na apreciação de ameaça ou lesão a direito, assegurarem observância às normas constitucionais. Dessarte, a legitimidade dessa excepcional forma de atuação do sistema de justiça é claramente identificada no próprio texto da Constituição, exteriorização maior do poder soberano popular (art. 1º, parágrafo único).

Deveras, desde a conhecida decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no processo objetivo instaurado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, o Supremo Tribunal Federal vem confirmando em vários julgamentos o entendimento ali

⁵⁰ “A constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é. Uma interpretação específica da constituição pode ser imposta à Corte por emendas, ou por uma maioria ampla e estável, como ocorreu no caso do *New Deal*” (RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000, p. 288).

⁵¹ RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000.

⁵² Observe-se que a questão da legitimidade jurídica do Poder Judiciário para essa espécie de atividade é eminentemente constitucional, pois depende da análise de várias normas da Constituição, como as relativas à inafastabilidade da jurisdição, à separação dos Poderes, à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, entre outras.

⁵³ Art. 127, *caput*, da Constituição: “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”; e art. 129, II e III, da Constituição: “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”; e “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”.

firmado de que “[a] negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos direitos fundamentais sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos”.^{54 55}

Por fim, é fundamental deixar bem marcado que a atuação jurisdicional tem tais moldes deve reservar-se ao seu natural e necessário papel de tutela de direitos objeto de lesão ou ameaça de lesão. A legitimidade do agir judicial circunscreve-se a tal perímetro apenas. O que não for ou desbordar da tarefa de remediar injuridicidade não constitui senão abuso judicial. Logo, não se trata, por exemplo, de revisão do mérito de atos administrativos. O juiz não pode substituir a discricionariedade do administrador pela sua. A revisão judicial é legítima apenas se amparada em fundamentos de legalidade em sentido amplo, isto é, é cabível apenas controle de juridicidade. Sem embargo, a cognição nesse tipo de caso não é ordinariamente singela.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, publicado em DJ 4/5/2004, p. 12. Em trajeto um tanto tortuoso, essa decisão acabou assumindo caráter paradigmático na jurisprudência do STF. A ADPF fora ajuizada pelo PDT para questionar a constitucionalidade de veto presidencial a proposta de lei de diretrizes orçamentárias. Alegava-se que o veto infringiria a regra constitucional de investimento mínimo na área da saúde. Ocorre que a ADPF perdeu objeto, pois nova LDO restou aprovada com observância dessa regra constitucional, de maneira que o veto impugnado desapareceu juridicamente. No entanto, ainda assim, o relator da ADPF, Ministro Celso de Mello, na decisão monocrática que concluiu pelo prejuízo da ação por perda de objeto, tratou na fundamentação longa e detalhadamente do mérito da demanda. Ou seja, na motivação dessa decisão de perda de objeto, o Ministro apresentou teses jurídicas arrojadas para a época, pois ampliavam significativamente o papel do Poder Judiciário até então estabelecido pela jurisprudência do STF sobre o tema. Depois disso, o Ministro Celso de Mello e outros Ministros do STF passaram ao longo dos anos a citar com frequência essa decisão da ADPF 45 ao tratar do controle judicial de políticas públicas. Em 2011, a decisão monocrática da ADPF 45 já se convolara em importante precedente da Corte, a ponto de ser equivocadamente atribuída ao Plenário do Tribunal (v. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 559.646, Relatora Ministra Ellen Gracie) (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros no processo político. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 46, pp. 121-155, jan.-jun. 2015).

⁵⁵ No caminho aberto pela decisão na ADPF 45, com argumentos parecidos, o STF proferiu muitos outros julgamentos, monocráticos e colegiados. Apenas à guisa de ilustração, confirmam-se acórdãos sobre variados temas: a) criação de Defensoria Pública no Estado: AI 598212 ED, Rel. Min. Celso de Mello, 2T, j. em 25.3.2014, DJe-077 23.4.2014; b) atendimento em maternidades: RE 581352 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2T, j. em 29.10.2013, DJe-230 21.11.2013; c) saúde: AI 734487 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2T, j. em 3.8.2010, DJe-154 19.8.2010; d) segurança pública: RE 628159 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, 1T, j. em 25.6.2013, DJe-159 14.8.2013; RE 559646 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2T, j. em 7.6.2011, DJe-120 22.6.2011; e RE 367432 AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2T, j. em 20.4.2010, DJe-086 13.5.2010; e) transporte coletivo gratuito em favor de idosos: AI 707810 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, 1T, j. em 22.5.2012, DJe-110 5.6.2012; f) educação infantil: ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2T, j. em 23.8.2011, DJe-177 14.9.2011; e RE 410715 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2T, j. em 22.11.2005, DJ 3.2.2006; RE 595595 AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2T, j. em 28.4.2009, DJe-099 28.5.2009; e g) transporte escolar: RE 603575 AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2T, j. em 20.4.2010, DJe-086 13.5.2010. Cf. ainda: RE 788170 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2T, j. em 22.4.2014, DJe-085 6.5.2014; RE 658171 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 1T, j. em 1º.4.2014, DJe-079 25.4.2014; e RE 677524 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1T, j. em 24.4.2012, DJe-096 16.5.2012. De modo semelhante vem decidindo o STJ: a) educação infantil: EREsp 485969, Rel. Min. José Delgado, 1S, j. em 23.8.2006, DJ 11.9.2006, p. 220; b) saúde: AgRg no REsp 1107511, Rel. Min. Herman Benjamin, 2T, j. em 21.11.2013, DJe 6.12.2013; c) previdência: REsp 1309137, Rel. Min. herman benjamin, 2T, j. em 8.5.2012, DJe 22.5.2012; e d) saúde indígena: REsp 811608, Rel. Min. Luiz Fux, 1T, j. em 15.5.2007, DJ 4.6.2007, p. 314.

Longe disso, não só a existência do direito invocado e sua ofensa podem exigir análise complexa, conforme se buscou indicar nas subseções acima, como pode suceder, ainda, de a tutela jurisdicional, uma vez constatada a violação do direito, reclamar para sua remediação alguma atividade criativa por parte do juiz, como se intenta mostrar à frente, especialmente na seção 4, ao abordarem-se os litígios e processos estruturais.

2 ALTERAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROCESSOS INDIVIDUAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS QUANTO À REALIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL

Para tutela de direitos sociais que exige, como medida necessária, alteração em políticas públicas definidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, tem preponderado no Poder Judiciário brasileiro um padrão de litigância individual de massa, formado por uma miríade de processos focados, cada um, apenas na situação do demandante. Nesta seção, busca-se abordar a inadequação desse modelo, em face da complexidade inerente a decisões de alocação de recursos públicos limitados, nas quais, máxime em se tratando de políticas públicas desenhadas para viabilizar a efetivação de direitos sociais, não se pode deixar de considerar, de um lado, a imprescindibilidade de dispensar tratamento isonômico a todos que se encontrem em igual situação e, de outro, a necessidade de desempenho pelo Estado de outras tarefas que são igualmente objeto de dever seu e também reclamam custos, por exemplo, a implementação de políticas públicas voltadas a outros direitos.⁵⁶

A perspectiva adotada nesta e nas subsequentes seções do texto para examinar a modificação de políticas públicas em juízo é dada pelo princípio da instrumentalidade do processo, o qual deve amoldar-se, inclusive por meio da interpretação das normas processuais – dentro, por óbvio, dos limites fixados pelos textos normativos –, para oferecer respostas e soluções adequadas às necessidades do direito material e à concretização deste na realidade.

2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS E PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Como é cediço, à base dos direitos fundamentais de segunda geração localiza-se o princípio da igualdade, ideal ou valor que inspirou historicamente o surgimento desses direitos.⁵⁷ Sucede que, nada obstante os direitos sociais serem vocacionados à ampliação da

⁵⁶ O autor já teve ensejo de tecer algumas das considerações apresentadas nesta seção (aqui com maior desenvolvimento e aprofundamento), no que se refere à inadequação do modelo de litigância individual para alterações em políticas públicas, em duas publicações (a segunda ao final do primeiro ano do Doutorado): NASSAR, Marcos; RIBAS, Lídia Maria. Coletivização do controle judicial de políticas públicas: concretização igualitária e racional de direitos sociais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 45, pp. 98-121, mar.-jun. 2019; e NASSAR, Marcos; RIBAS, Lídia Maria. Direitos sociais e acesso à justiça: reflexão sobre o interesse de agir em ações individuais. *Cognitio Juris*, João Pessoa, n. 37, n.p., dez. 2021.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

igualdade de acesso aos bens necessários a uma vida digna, os recursos públicos disponíveis são ordinariamente insuficientes a dar supedâneo às despesas públicas indispensáveis para concretizarem-se plenamente todos os direitos sociais em benefício de todas as pessoas. Por isso, na concepção e implementação das políticas públicas voltadas à satisfação desses direitos, não se pode perder de vista o princípio da igualdade, sob pena de subverter-se a própria lógica, por assim dizer, de tais políticas e dos direitos sociais.

2.1.1 Forma de abordagem adequada: necessidade de visão global

Ao falar-se em concepção e implementação das políticas públicas, pensa-se num primeiro momento nos Poderes cujos membros foram eleitos para a tomada de decisões políticas, o Legislativo e o Executivo, que deliberam, nos lindes constitucionais (dados pelo princípio da igualdade, inclusive) e legais, sobre o que é melhor fazer agora, o que pode ou precisa ser adiado etc., tendo em mira o bem comum apanhado sob perspectiva holística, de conjunto, ou seja, buscando levar-se em conta as necessidades sociais em geral e sua hierarquia, bem como os recursos disponíveis ao seu atendimento.

Pois bem, se para a efetiva proteção de dado direito social em juízo mostrar-se necessária certa alteração na respectiva política pública, é correto dizer que, para tanto, o Poder Judiciário deve assumir no processo, em alguma medida, postura similar à daqueles Poderes, adotando técnicas processuais apropriadas à preservação da isonomia em face da existência de recursos públicos escassos para a satisfação do direito, assim como adequadas à obtenção de uma visão mais ampla do litígio e de seu contexto.

A mudança de uma política pública, seja em sua sede ordinária, no âmbito do Legislativo ou do Executivo, seja extraordinariamente pelo Judiciário – que se viu obrigado a empregar esse meio como medida necessária à tutela de direito –, não prescinde, como supedâneo, do conhecimento de certo quadro fático cuja composição requer dados técnicos de amplitude municipal, estadual e, às vezes, até nacional. Com efeito, para boas decisões de alocação e desalocação de recursos públicos limitados, é muitas vezes necessário saber qual é o valor total desses recursos, em que áreas estão sendo empregados, quais são as previsões a respeito no orçamento público, quais são as necessidades e demandas sociais, entre muitas outras coisas.

Acresça-se, além disso, que com frequência não basta a apuração dessas e de outras informações tão somente no que diz respeito especificamente ao litígio em exame e à respectiva política pública, pois há outras necessidades da sociedade a que o Estado deve também buscar atender – dever jurídico, isto é, imposto pela ordem jurídica – mediante políticas públicas, com seus respectivos dados técnicos, as quais naturalmente reclamam alocação de parcela do dinheiro público.

Não é difícil intuir que litígios com feições assim, para serem adequadamente enfrentados, impõem abordagem bastante diferente da usualmente encontrada em processos judiciais tradicionais, concebidos para resolver apenas a situação das partes da relação processual. A necessidade de mudança em política pública enquanto meio de proteção a direito oferece complexidade impositiva de aproximação muito mais própria tradicionalmente às atividades legiferante e administrativa, focadas em problemas em nível macro, cujo exame e solução devem ser empreendidos de maneira abrangente, contemplando as várias peculiaridades, aspectos e implicações não só do problema em si, como também da solução pensada e suas interações com problemas circunvizinhos.⁵⁸

Demais disso, releva rememorar novamente que, afora os direitos sociais, também dependem da realização de despesas públicas os direitos em geral, pois todos, em maior ou menor medida, necessitam de condições institucionais e estruturais mínimas levadas a efeito pelo Estado para sua assecuração – ao menos, por exemplo, aparatos policial e judicial. É o caso, por exemplo, do já mencionado direito de propriedade, que, a despeito de classificar-se como liberdade negativa – a exigir do Estado, em princípio, mera abstenção –, em realidade, alcança efetiva proteção somente se se estruturar um sistema de registro imobiliário efetivo, bem como se houver adequada política de segurança pública em funcionamento e Poder Judiciário organizado para oferecer tutela jurisdicional em caso de violação, medidas as quais só se viabilizam mediante prestações estatais positivas e seus inerentes custos. Por isso, o tratamento adequado de litígios cuja resolução passa por modificar-se uma política pública pressupõe que sejam tomados em devida conta os custos públicos envolvidos e a finitude do erário, da qual exsurge naturalmente o imperativo de fazerem-se escolhas.⁵⁹

⁵⁸ O tema é tratado com maior profundidade na seção 4, destinada ao exame dos litígios e processos estruturais, notadamente ao procurar-se explicar sua policentralidade (subseção 4.3).

⁵⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999.

2.1.2 Elementos fáticos e axiológicos: ainda a questão da escassez de recursos financeiros e da isonomia

Como indicado, o princípio da instrumentalidade processual determina que se empreguem técnicas adequadas à realização do direito objetivo material e à efetiva proteção dos direitos subjetivos verificados no caso concreto. Para isso, além de a porção do direito material em discussão ter de ser interpretada sistematicamente, em harmonia com todo do direito, é imprescindível considerar também a realidade em que se produzirão consequências tiradas da interpretação da norma, de modo a evitar-se que sua aplicação produza resultados paradoxais – como seria o caso de concretizar certo direito social em favor apenas do demandante, inviabilizando, em razão do volume de recursos nisso despendidos, tratamento isonômico para muitos outros cidadãos em igual situação, exemplo que, longe de ser mera hipótese acadêmica, repete-se aos milhares no cotidiano forense.

Com efeito, o mundo do direito está inserido no mundo da cultura e da história, isto é, no complexo de bens espirituais e materiais constituído pela espécie humana através dos tempos.⁶⁰ Como ensina Miguel Reale, três dimensões (fatores, elementos ou aspectos) complementares, que interagem de modo dinâmico entre si, são discerníveis na experiência jurídica: a) a normativa: direito como norma, ordenamento jurídico; b) a fática: direito como fato social e histórico, o que abarca a efetividade social do direito; e c) a axiológica: o direito como valor de justiça. Em todo fenômeno jurídico coexistem numa unidade concreta um fato subjacente, um valor que dá certa significação a esse fato, inclinando a ação humana no sentido de alguma finalidade, e uma norma, que representa a relação ou medida que integra o fato ao valor. Essas três dimensões são discerníveis, mas não existem em separado; existem

⁶⁰ O jurista deve procurar “atingir as raízes do direito na realidade histórico-social, concebendo-o como ‘realidade cultural’” (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 9). Buscando entender o direito como foi vivido historicamente, Reale explica que provavelmente o direito, nascido enquanto experiência da vida do homem em sociedade, surgiu como fato social ligado à mística e à religião. Tratou-se inicialmente de costumes de autoria coletiva anônima, exigidos por chefes e sacerdotes. A consciência dessa experiência, porém, só apareceu mais tarde, quando foram nela reconhecidos certos valores, cuja origem foi atribuída de início, em diversas culturas, a divindades – só muito depois se encontrou no próprio homem a origem do direito. Essa primeira consciência ou intuição do direito foi em termos de justiça, ou seja, de valores. Quer dizer, a primeira compreensão do direito foi de direito como justiça. Já a compreensão do direito como norma (*lex*) surgiu apenas com a Jurisprudência (no sentido de Ciência do Direito) dos romanos. Os romanos, porém, não olvidaram os aspectos fático e valorativo do direito, integrados na norma. Só muito mais recentemente, no século XIX, o direito foi estudado como fato social e histórico (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999).

reciprocamente, como elos de um processo cuja interação dinâmica e dialética resulta na experiência jurídica. O elemento fundamental para o jurista é o normativo, mas ele é inseparável dos outros dois, que lhe dão significado.⁶¹

Essa tridimensionalidade está presente não só na criação do direito objetivo, mas também em sua interpretação e aplicação. Na criação da norma jurídica (a que Reale chama de nomogênese jurídica), tomam-se decisões de poder condicionadas pelas complexidades fática e axiológica presentes. Como explica Miguel Reale, o fenômeno jurídico existe porque o homem se propõe a fins. E o fim é um valor reconhecido como motivo de conduta, a qual se orienta no sentido do que é valioso. Assim, o valioso apresenta-se como fim que determina como deve ser o comportamento humano. Os valores surgem e realizam-se no curso da história e todo fim constitui a determinação do dever-ser de um valor no plano da práxis. Mas determinado valor não corresponde, enquanto resultado, a um único dever-ser possível. Valor, fim e dever-ser são momentos que se desenrolam na unidade de um processo denso de coerências e contradições, avanços e recuos, em consonância com o ideal de adequação entre realidade e valor – esse é um ideal perene e próprio do homem, único ente que originariamente é enquanto deve-ser, com poder de transfundir essa qualidade aos bens culturais que instaura, os quais só existem na medida em que valem para algo. Dessarte, a norma jurídica corresponde

⁶¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; e REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. A unidade sistemática do direito é dada, na teoria tridimensional de Reale, pela dialética de implicação-polaridade ou de complementaridade. Não se trata da dialética do idealismo de Hegel, emprestada e adaptada pelo materialismo histórico de Marx, dialética dos opostos, em que a uma tese contrapõe-se uma antítese, as quais originam uma síntese (superação da contradição), que por sua vez configura uma nova tese e assim por diante. Na dialética identificada por Miguel Reale, “dá-se a implicação dos opostos na medida em que se desoculta e se revela a aparência da contradição, sem que com este desocultamento os termos cessem de ser contrários, cada qual idêntico a si mesmo e ambos em mútua e necessária correlação. É sobretudo no mundo dos valores e da *praxis* que mais se evidencia a existência de certos aspectos da realidade humana que não podem ser determinados sem serem referidos a outros aspectos distintos, funcionais, ou até mesmo opostos, mas ainda assim essencialmente complementares. Tal correlação de implicação não pode jamais se resolver mediante a redução de uns aspectos nos outros: na unidade concreta da relação instituída tais aspectos mantêm-se distintos e irreduzíveis, daí resultando a sua dialeticidade, através de ‘sínteses relacionais’ progressivas que traduzem a crescente e sempre renovada interdependência dos elementos que nela se integram” (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 72). Na experiência jurídica, fato e valor correlacionam-se de modo que cada um mantêm-se distinto e irreduzível ao outro (polaridade), mas se exigem e condicionam mutuamente (implicação), dando origem à norma. Cada esforço de realização de valores é sempre uma tentativa, nunca uma conclusão, num processo de tensão dialética. Os valores são sempre em algum grau realizáveis, mas nunca completamente. Assim, a norma, ao integrar valor e fato, nunca esgota o processo histórico do direito, mas em cada situação abstratamente considerada assinala seu momento culminante (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999).

à formulação racional de uma preferência, de uma opção, a uma tomada de posição, em função de valores a realizar ou preservar, colocando a exigência de meios adequados.⁶²

O dever-ser da norma é sempre uma opção entre outras possíveis, ordenando fins e meios. Essa decisão, que dá origem à norma, é realizada por um poder, de forma condicionada por um complexo fático (conjunto de circunstâncias sociais, econômicas, geográficas, técnicas etc.) e por um complexo axiológico (múltiplos valores decorrentes dos diversos pontos de vista e conflitos de interesses). Esses complexos fático e axiológico conduzem a um leque de normas possíveis, uma das quais apenas se converterá em norma jurídica pela opção do poder, que assim soluciona temporariamente (mesmo que de forma duradoura) a tensão dialética entre fatos e valores. A gênese da norma jurídica se processa nesse condicionamento fático e valorativo, resultando de uma escolha de poder.⁶³

A interpretação e aplicação do direito, por sua vez, são também tridimensionais: o juiz deve ser considerado livre, não perante a lei e os fatos, mas dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins (valores) que condicionam o processo normativo. Cuida-se de visão a que Reale chama de normativismo jurídico concreto, que permite ao juiz atualizar semanticamente a norma em sua aplicação. Isso porque a norma não encontra significação em si mesma, abstraída da realidade histórico-cultural, como a compreende o normativismo abstrato. Lançando-se mão novamente da expressiva figura proposta por Reale, “a *norma* é, por assim dizer, uma ponte elástica e flexível entre o complexo fático-axiológico, que condicionou sua gênese, e os complexos fático-axiológico a que visa atender, no desenrolar do processo histórico”.⁶⁴ Assim, a norma jurídica deve ser compreendida em função das alterações semânticas (de sentido) que ela experimenta pela superveniência de fatos, valores e normas. A integração fático-axiológica retratada na norma depende dos fatos e valores de que ela se origina e dos fatos e valores

⁶² REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979; e REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. A pessoa é a fonte de todos os valores. No plano da história são discerníveis certas constantes axiológicas, expressões de um valor-fonte: a pessoa humana. O sentido da história do direito liga-se ao ser do homem. A perspectiva histórica de Reale, como ele afirma, gira em torno de um ponto firme: a ideia de pessoa, como imanente possibilidade de escolha constitutiva de valores. Cabe ao direito proteger os bens criados pelo homem e, acima disso, o próprio homem como livre criador de novos bens (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; e REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002).

⁶³ Poder nesse sentido atribuído por Reale pode ser legislativo, criando normas legais; judicante, criando normas jurisdicionais (v. abaixo explicação sobre a interpretação como ato criativo); negocial (autonomia da vontade), criando normas negociais; e social difuso, criando normas consuetudinárias (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999).

⁶⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 564, grifo do autor.

supervenientes. É imperativo, porém, que o intérprete se mantenha nos perímetros admitidos pelo enunciado normativo, sem o desnaturar.⁶⁵

Em síntese, a decisão judicial não é simples silogismo. A norma jurídica deve ser compreendida de forma sistemática (dentro da totalidade do ordenamento) e dinâmica, em vista das alterações semânticas que ela pode sofrer em razão de: a) novas valorações ou mudanças na hierarquia de valores; b) fatos supervenientes; c) interferências interpretativas provenientes de novas normas; e d) conjugação de dois ou desses três fatores.⁶⁶

Pois bem, feita essa breve digressão em abono à importância da consideração dos valores envolvidos em cada caso – máxime, no tema em discussão, da igualdade – e das circunstâncias reais para a aplicação do direito, vale observar, relativamente a tais circunstâncias no contexto da efetivação de direitos sociais, ser precisamente nessa seara que a premência pela realização de despesas públicas faz-se observar de forma mais clara e com maior intensidade, bem assim, conseguintemente, a limitação de recursos disponíveis. Essa porção da realidade não pode ser suprimida sob o argumento de que os direitos sociais têm justiciabilidade ou ante a invocação da previsão constitucional da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais.

De fato, a despeito das apontadas justiciabilidade e aplicabilidade imediata, ambas amparadas pelo direito na linha do exposto na seção 1, os recursos públicos seguem limitados e, portanto, implicam a realização de escolhas em sua alocação para concretização de direitos. “O grau de desenvolvimento sócio-econômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar”, uma vez que “[c]ada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa”.⁶⁷ Confira-se a lição similar de Ingo Sarlet:

Justamente pelo fato de os direitos sociais na sua condição (como vimos, não exclusiva!) de direitos a prestações terem por objeto prestações estatais vinculadas diretamente à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante.⁶⁸

⁶⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁶⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁶⁷ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 181 e 182.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 2008, p. 20.

Da constatação desse obstáculo fático-econômico, a Corte Constitucional alemã cunhou em 1972, ao decidir o conhecido caso *Numerus Clausus*, a locução *reserva do possível*, bastante conhecida e amplamente utilizada pela Fazenda Pública brasileira em suas defesas em processos judiciais. A reserva do possível é usualmente decomposta em três dimensões ou camadas: 1ª, existência material de dinheiro nos cofres públicos (= possibilidade fática da prestação pedida); 2ª, despesa com previsão na lei orçamentária, combinada com competência da entidade federada demandada para sua realização (= possibilidade jurídica da prestação); e 3ª, razoabilidade da pretensão apresentada pelo cidadão em face do Estado.⁶⁹

Como se vê, questões concernentes ao erário e orçamento público necessitam de apreciação judicial para alteração de política pública em tutela de um direito. É de observar, porém, o seguinte: a “ausência de previsão orçamentária é um elemento que deve comparecer na ponderação de interesses [...], mas que está longe de ser definitivo, podendo ser eventualmente superado de acordo com as peculiaridades do caso”.⁷⁰ No mesmo sentido, pela viabilidade de superação judicial de lacuna na peça orçamentária relativamente a certa despesa (e respectiva receita), veja-se o escólio de Ada Pellegrini Grinover:

o Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo transposição de verbas, o Judiciário também determinará, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo). Para tanto, o § 5º do art. 461 do CPC [equivalente ao art. 536, §1º, do CPC de 2015] servirá perfeitamente para atingir o objetivo final almejado. Desse modo, frequentemente a “reserva do possível” pode levar o Judiciário à condenação da Administração a duas obrigações de fazer: a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e a obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação.⁷¹

Por outro lado, a carência material de dinheiro público pode constituir limite real insuperável à ampliação da política pública para concretização do direito em discussão. De fato, “direitos não nascem em árvores”, consoante Flávio Galdino expressiva e enfaticamente indica

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; e SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 2008.

⁷⁰ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 202.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 125-150, p. 138.

como subtítulo de obra sua sobre o custo de realização dos direitos.⁷² Quer dizer, uma “canetada” judicial não tem o condão de elidir a comprovada insuficiência de recursos públicos necessários a dada prestação por parte do Estado.

Não é sustentável, vale finalmente observar, alegação que se pode formular em contrário à ideia de reserva do possível fática, consistente na afirmação de que a Fazenda Pública – mais precisamente, a União, por intermédio do Banco Central – sempre pode, no limite, emitir moeda, razão pela qual não haveria realmente a barreira financeira ora versada. Ora, “imprimir dinheiro” é sim competência estatal, mas deve ser exercida de acordo com normas impostas pela lógica da economia. Isso porque exageros nesse campo geram, como decorrência direta, aumento da inflação. Como se sabe, a expansão da base monetária (mais dinheiro circulante) faz com que o valor real da moeda diminua, pois os bens ofertados permaneceram os mesmos, mas o dinheiro disponível para comprá-los aumentou, de modo que o equilíbrio é encontrado na redução do valor real do dinheiro. O brasileiro bem conhece os malefícios da alta (altíssima, na verdade) inflação e a grande dificuldade para controlá-la, desiderato para o qual se faz preciso usualmente elevar a taxa básica de juros, o que, por sua vez, acarreta outros graves problemas: vertiginosa subida da dívida pública, desorganização da economia em nível macro e micro etc. Portanto, “imprimir dinheiro” não é panaceia.

2.2 ANÁLISE E PROVA DA RESERVA DO POSSÍVEL

As normas definidoras de direitos fundamentais assumiram notória centralidade na ordem constitucional brasileira instaurada em 1988, a tal ponto que mereceram norma expressa afirmando sua aplicabilidade imediata, como acima apontado. Essa é uma das razões ressaltadas pela doutrina por força da qual o ônus probatório da afirmação da reserva do possível cabe à Fazenda Pública. Mas há outra razão mais singela: a reserva do possível constitui fato impeditivo do direito alegado, cuja prova, pois, incumbe ao ente público réu que a alegou (art. 373, II, do CPC). E mais: é evidente que a prova de insuficiência de recursos públicos para atendimento da prestação pedida é muitíssimo mais simples e fácil para o ente público que fez tal alegação, em comparação com a prova contrária, pelo autor, de que existem recursos

⁷² GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

suficientes a tanto, pois é aquele, o ente público réu, que tem ao seu alcance os dados a respeito.⁷³ Vale observar que essa ideia de o grau de dificuldade da prova nortear a distribuição do respectivo ônus, mediante a apelidada distribuição dinâmica do ônus probatório, foi reforçada com a edição do CPC de 2015, em seu art. 373, § 1º.⁷⁴

Releva sublinhar, a propósito, que a reserva do possível não é senão uma situação de fato alegada na defesa apresentada pela Fazenda Pública demandada em juízo. Trata-se, na linha do exposto, de situação fática relevante para a solução do litígio. Não se cuida, portanto, de princípio ou regra jurídica; não é norma, enfim, pois não possui caráter deôntico, nada prescreve. É dizer, não apresenta suporte fático ou hipótese de incidência; tampouco prevê consequências ou efeitos jurídicos. Em suma: não há um princípio da reserva do possível, mas sim a alegação desta como um fato a reclamar prova.⁷⁵

2.2.1 Mínimo existencial

Expôs-se acima, acerca da justiciabilidade dos direitos sociais (subseção 1.1.2), a não adesão neste trabalho à tese de que ela, essa justiciabilidade, deva circunscrever-se apenas a prestações encartáveis na noção de mínimo existencial. Todavia, ainda que não se vincule a possibilidade de tutela jurisdicional positiva de direitos fundamentais sociais ao mínimo existencial, é inegável que o enquadramento da prestação pedida em juízo no conceito de mínimo existencial interfere diretamente na discussão sobre reserva do possível corriqueiramente aventada em defesa pelo Poder Público. Há aceso debate, todavia, sobre a intensidade dessa interferência.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. 2008; SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; e GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 125-150.

⁷⁴ “§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

⁷⁵ PEREIRA, Ana Lucia Pretto; GIOVANINI, Ana Elisa P. P. Responsabilidade patrimonial do Estado: reserva do possível como excludente de ilicitude da conduta estatal? *Cadernos de Direito Actual*, v. 1, pp. 205-220, 2017.

Com efeito, discute-se, em primeiro lugar, sobre a viabilidade ou não de oposição pelo Estado, de modo exitoso, da reserva do possível relativamente a prestação componente do núcleo duro, essencial, do direito fundamental social invocado, ou seja, sobre a possibilidade de a reserva do possível neutralizar pretensão de satisfação do mínimo existencial.

Parte da doutrina⁷⁶, cujos ensinamentos ecoam em precedentes dos tribunais superiores⁷⁷, propugna a inoponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial. Ada Pellegrini Grinover, nesse sentido, assevera que, “nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito”.⁷⁸

Kazuo Watanabe, não obstante afirmar a impossibilidade de a reserva do possível infirmar a efetivação do mínimo existencial, adota a posição de que o conteúdo desse núcleo basilar dos direitos sociais depende e muda em função da pujança econômica do país:

O mínimo existencial, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do país.⁷⁹

Na prática, essa compreensão do mínimo existencial conduzirá às mesmas conclusões tiradas da posição segundo a qual a reserva do possível é alegável perante o mínimo existencial. Isso porque o conceito de mínimo existencial é fixado perante o caso concreto, no processo instaurado pela demanda que busca a satisfação do direito social. Desse modo, se se constatar no caso concreto que inexistem valores suficientes nos cofres públicos – porque, por exemplo, estes se esgotaram com despesas direcionadas a prestações de relevância de mesma ou maior estatura em comparação com a pleiteada no processo –, pela posição de Kazuo Watanabe, pode-

⁷⁶ Nesse sentido, cf., p. ex., SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. 2008; WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 213-224; e GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 125-150.

⁷⁷ P. ex.: STF, RE 581352 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2T, j. em 29.10.2013, DJe-230 21.11.2013; STF, ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2T, j. em 23.08.2011, DJe-177 14.9.2011; e STJ, REsp 811608, Rel. Min. Luiz Fux, 1T, j. em 15.5.2007, DJ 4.6.2007, p. 314.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 125-150, p. 139. A processualista menciona, em abono da tese, o julgamento do STF no RE n. 482.611, Relator Ministro Celso de Mello.

⁷⁹ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 213-224, p. 219.

se dizer que a prestação objeto da demanda ajuizada não integra o mínimo existencial, com sua consequente negação. No mesmo caso, com outro raciocínio chegar-se-ia à mesma solução: em vez de afirmar que o mínimo existencial não contém a prestação pedida, dir-se-ia, para igualmente negá-la, que a reserva do possível comprovada impossibilita sua satisfação.

De outra banda, no entanto, não parece correto a aplicação irrestrita do princípio da proibição do retrocesso social em face da implementação dos direitos sociais, permitindo-se tão somente ampliação, mas jamais restrição do perímetro delimitador do mínimo existencial. É que, se a melhora econômica do país deve acarretar a ampliação das prestações abarcadas pelo mínimo existencial, infere-se com clareza que, quando a economia estava num patamar pior – antes da melhora –, era juridicamente legítimo o dimensionamento mais enxuto do mínimo existencial, em razão da incontornável insuficiência de recursos públicos. Esse raciocínio tem lógica e razoabilidade. Afinal de contas, na esteira do que já se buscou demonstrar, a realidade fática é importante componente da experiência jurídica.

Pois bem, se a aludida condição econômica menos pujante retornar a prevalecer, por ter havido crise ou mesmo recessão, situação em nada inusitada, fazendo com que voltem a inexistir recursos suficientes ao atendimento de prestação que, com a melhora econômica, passara a ser reputada frequentemente parte do mínimo existencial, diante de tal cenário, não parece razoável sustentar que o conteúdo do mínimo existencial deva permanecer estanque, mesmo defronte a quadro de ausência de recursos em tudo semelhante a outro que, não há muito tempo, justificava conteúdo mais acanhado. Quer dizer, não faz sentido reconhecer que, no período anterior ao avanço econômico, as finanças públicas combatidas possam importar num mínimo existencial mais estreito e, após retrocesso que reconduza a economia ao patamar anterior, idêntica carência econômica seja indiferente no particular. Não há traço distintivo encontrável nas duas situações em si mesmas que justifiquem tratamento diverso, calhando lembrar que apenas a diferença de tempo em que as coisas se deram não é critério legítimo de *discrímen* jurídico.⁸⁰ De resto, as circunstâncias concretas da realidade impõem-se tanto na primeira quanto na segunda situação.

Em verdade, a comprovada insuficiência de recursos financeiros pode ser barreira fática intransponível à realização de prestação contida no mínimo existencial, conforme se buscou explicar nas precedentes subseções. Assim, não é correto assentir, nesse particular, à

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

posição externada por Ada Pellegrini Grinover, acima citada, de que, “nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito”,⁸¹ pois, em conformidade com tal compreensão, toda situação de risco grave à saúde, por exemplo, acarretaria a superação da reserva de possível – a qual, como indicado, em sua dimensão mais dramática, longe de constituir um princípio jurídico a ser ponderado, expressa um impedimento do mundo dos fatos à realização da prestação pedida –, mesmo que seja absolutamente impossível, por falta de dinheiro público bastante, conferir mesma prestação de saúde pública aos demais cidadãos com a mesma moléstia.

Diante disso, maior razoabilidade parece encontrar-se na posição defendida por quem reconhece potencial êxito na alegação e prova de tal matéria de defesa mesmo frente ao mínimo existencial. Ocorre que, nessa hipótese, por se cuidar de prestação inserida no núcleo básico de proteção do direito social invocado, o ônus argumentativo e probatório do Poder Público é consideravelmente mais intenso, pois é necessário demonstrar que as receitas do ente estão empregadas em despesas e atividades de mesma ou superior importância, utilizando-se por critério primordial para aferição de tal importância a Constituição. E assim deve ser porquanto os gastos públicos têm de observar as prioridades definidas constitucionalmente, as quais podem ser identificadas, por exemplo, nos objetivos fundamentais da República listados no art. 3º da Constituição.⁸²

Propugnando essa compreensão, vale conferir o escólio de Daniel Sarmiento:

não me parece que o mínimo existencial possa ser assegurado judicialmente de forma incondicional, independentemente de considerações acerca do custo de universalização das prestações demandadas. Porém, entendo que quanto mais indispensável se afigurar uma determinada prestação estatal para a garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido. *Será praticamente impossível, por exemplo, justificar a não extensão do saneamento básico para uma determinada comunidade carente, quando o Poder Público estiver gastando maciçamente com publicidade ou obras faraônicas.*⁸³

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 125-150, p. 139.

⁸² CANELA JR., Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 225-236.

⁸³ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 207, g.n.

Portanto, conclui-se que a Fazenda Pública, ao alegar insuficiência de recursos, tem o ônus de provar sua alegação. Se, porém, a demanda tem por objeto prestação contida na ideia de mínimo existencial, os ônus de argumentação e prova recrudescem-se, passando a abarcar o convencimento e a demonstração de que o dinheiro público tem sido gasto pelo ente réu com prestações de idêntica ou superior estatura constitucional.

2.2.2 Alteração singularizada da política pública e violação da isonomia

Buscou-se mostrar acima que, comparativamente com os litígios para os quais foi moldado o processo judicial tradicional, nos quais se contrapõem apenas os interesses de duas partes, os litígios que envolvem alteração em política pública apresentam complexidade bem mais elevada. Nessa ordem de ideias, cumpre enfrentar mais diretamente grave problema que se tem deixado entrever ao longo do texto até aqui: a indiscriminada e massiva judicialização atomizada de conflitos em que se discute a satisfação de direitos sociais por intermédio de modificação da respectiva política pública exclusivamente em favor do autor da demanda individual, de modo paradoxal, colide frontalmente com o valor basilar de tais direitos, a igualdade.

Deveras, como se busca detalhar à frente, nas áreas da saúde e da educação infantil, por exemplo, esse problema há anos tem-se apresentado de modo manifesto. No caso da saúde, em milhares de processos, o Poder Judiciário tem determinado ao ente público réu, muitas vezes em decisão liminar de tutela provisória satisfativa, o desempenho de determinada prestação sanitária em favor do demandante individual a qual jamais seria passível de universalização, ou seja, que não poderia, por falta de dinheiro bastante, beneficiar os demais cidadãos com o mesmo quadro clínico do autor beneficiado.

Para ficar-se por ora ainda com o exemplo emblemático da judicialização da saúde pública, esclarece observar que, por um lado, são notórios os casos de decisões liminares determinando aos entes federados a prestação de tratamentos de saúde de ponta, o melhor do estado da arte médica, e caríssimos naturalmente, em favor do autor individual que alcançou acesso à justiça, ao passo que, por outro lado, são igualmente notórias as situações de inúmeros municípios brasileiros em que pessoas com prescrição médica do próprio SUS para realização de procedimentos cirúrgicos eletivos – padronizados pelo mesmo SUS – ficam meses ou mais

de ano aguardando sua vez, bem como é notória a falta de médicos em hospitais e postos de saúde, na capital e no interior dos estados da federação. Note-se diante desses contrastes que, mais do que conferir exclusivamente a determinados indivíduos tratamento de saúde de impossível universalização – dados seus custos –, o Poder Judiciário acaba por subtrair recursos públicos que poderiam ser utilizados em prestações de saúde mais básicas e de maior alcance, pois inseridas na política pública desenhada a partir, entre outras considerações, do percentual de incidência das doenças na população.

Não é demasiado rememorar que o imperativo de se preservar a igualdade tanto na formulação quanto em alterações de políticas públicas voltadas à concretização de direitos sociais decorre, para além da consideração de que se trata do valor-fonte de tais direitos, nos termos expostos, também de norma constitucional expressa. O art. 5º da Constituição, em norma principiológica cujo texto já está logo em seu *caput*, consagrou a igualdade como direito fundamental.

É já clássica na ciência jurídica brasileira a proposta de critérios apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello para exame da contrariedade ou não ao princípio da igualdade por parte de discriminações que ordinariamente a lei faz. O conceito de justiça distributiva aristotélico – justiça que deve reger a relação entre o corpo social como um todo (e, portanto, o Estado) e os indivíduos –, conceito correspondente à noção de igualdade proporcional, expressa em conhecidíssima máxima – tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades –, suscita a questão da especificação das verdadeiras desigualdades ensejadoras de tratamentos diversos.⁸⁴ Ou seja, o conceito deixa em aberto a

⁸⁴ A classificação da justiça na concepção de Aristóteles pode ser, de forma sintética e simplificada, explicada do seguinte modo. Em certo enfoque, há a justiça em sentido universal, encontrável no exercício das virtudes, redutível à ideia de agir o bem e evitar o mal. É a mais elevada das virtudes, a virtude perfeita, pois oferece um critério para definir as virtudes em geral: virtude é o ponto médio entre dois extremos, o vício do excesso e o vício da falta. Por exemplo, a virtude da coragem é o ponto médio entre o vício da pusilanimidade (carência) e o vício da temeridade (excesso). Sob outro ângulo, há a justiça em sentido particular, que se refere, grosso modo, à divisão de bens em sentido amplo na sociedade, a qual deve ser regida pela igualdade. A justiça em sentido particular, por sua vez, classifica-se em duas espécies: a distributiva e a corretiva. Justiça distributiva é a indicada no texto: deve nortear as relações entre a sociedade e o indivíduo pelos parâmetros da igualdade proporcional (a cada um segundo seu merecimento) – o critério para o tratamento desigual proposto por Aristóteles é basicamente o meritório, cada um deve receber o que merece, ideia que naturalmente precisa ser traduzida em termos concretos em cada situação. A conhecida definição do juriconsulto do direito romano clássico Ulpiano foi claramente inspirada pela ideia de justiça distributiva: “justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”. Diversamente, a justiça corretiva é pautada pela noção de igualdade aritmética ou absoluta e destina-se à correção de uma injustiça por meio de um ato de justiça, a cargo do juiz – correção de injustiças nas relações entre indivíduos: voluntárias (contratos) ou involuntárias (delitos) (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985).

definição de quais são os traços iguais e reais características desiguais das pessoas e situações que devem ser tomados em consideração para dispensa de tratamento igual ou desigual.⁸⁵

O primeiro aspecto merecedor de atenção, nas lições de Bandeira de Mello, é o seguinte: o fator ou critério de discriminação não pode residir em característica a tal ponto específica que, de maneira absoluta, singularize o sujeito a submeter-se à disciplina diferenciada. Quer dizer, a discriminação não deve destinar-se a indivíduo específica e concretamente considerado; deve, ao revés, ser estabelecida de modo geral e abstrato: deve ter por destinatários uma universalidade de pessoas (generalidade) por estabelecer uma hipótese ou situação-tipo em que potencialmente inúmeros casos concretos poderão encaixar-se (abstração). Afora isso, essa característica ou traço eleito enquanto critério para a desequiparação há de ser encontrado na própria situação, coisa ou pessoa que receberá o tratamento díspar.⁸⁶

Outro aspecto fundamental para aferir a compatibilidade de dada distinção com o princípio da igualdade está na existência ou não de correção lógica entre o critério escolhido e a desigualdade a partir dele feita. Em outros termos, é imprescindível que haja adequação racional entre o fator segundo o qual se opera a distinção e a própria distinção.⁸⁷ Por exemplo, a licença-maternidade ser maior que a licença-paternidade é diferença justificada, entre outras razões, pelo fato natural de a mãe amamentar e o pai não, bem como pelos notoriamente reconhecidos benefícios relevantes da amamentação exclusiva até os seis meses de idade para a criança.

Por derradeiro, a diferenciação levada a efeito deve harmonizar-se com os interesses e valores constitucionalmente protegidos. Assim, tratamento diverso mais vantajoso somente pode ser dispensado a situações que encontram valoração positiva ou, no mínimo, não negativa pela Constituição da República. Em sentido oposto, disciplina mais desvantajosa apenas deve ser destinada a situações que recebem valoração constitucional negativa ou, quando menos, não positiva.⁸⁸ Assim, ainda no exemplo da licença-maternidade, mais extensa que a licença-paternidade, constata-se que a Constituição confere intensa proteção à maternidade e à criança,

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

seja ao prever o direito fundamental social à proteção da maternidade e da infância (art. 6º) – com repercussões na previdência e na assistência social (arts. 201, II, e 203, I, respectivamente), seja ao determinar no art. 227 que é “dever da família, da sociedade e do Estado” assegurar “com absoluta prioridade” os direitos da criança.

Impende assinalar que esses critérios identificados por Bandeira de Mello voltam-se à verificação da observância do que ele denomina igualdade *na lei*, que deve nortear a atividade legislativa, porquanto a igualdade *perante a lei*, que rege a aplicação da lei, segundo o autor, levanta problemas menos difíceis, pois ao aplicador da lei é dado apenas operar as distinções encontráveis na lei mesma, inclusive mediante sua interpretação sistemática.⁸⁹

Sem embargo disso, em seguimento ao apontado nas subseções anteriores, é de lembrar que a atividade modificativa de políticas públicas pelo Judiciário tem particularidades que reforçam a necessidade de que seus resultados sejam compatíveis com o princípio da igualdade, em vista dos parâmetros traçados nos últimos parágrafos. Isso especialmente porque, se o direito subjetivo a ser tutelado derivar de princípio jurídico, cujo suporte fático e consequente jurídico não são definidos *a priori* de modo cabal, situação muito comum a ser enfrentada pelo órgão jurisdicional será a de que, após constatar a ofensa ao direito afirmado pelo autor e a necessidade de alteração da correspondente política pública para tutela desse direito, verificará inexistirem parâmetros normativos específicos para o modo de execução ou concretização da tutela jurisdicional, de sorte que, para cumprir sua missão constitucional, terá de desempenhar atividade com caráter criativo sensivelmente próximo ao peculiar à atuação típica do Legislativo e do Executivo.⁹⁰

Assim sendo, é possível afirmar que a alteração em política pública empreendida num processo individual exclusivamente em favor do autor tende a redundar e amiúde redundar mesmo em inarredável ofensa à isonomia. Isso porquanto, em primeiro lugar, consoante acima já anotado, é muito comum que na área da saúde pública, por exemplo, imponha-se ao ente público réu, frequentemente em decisão liminar, que preste certo tratamento ou forneça determinado medicamento a um único sujeito beneficiário, prestação cujo custo ao erário jamais

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁹⁰ FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale law journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982.

permitiria sua universalização, isto é, sua realização em prol de todos os que se encontram em idêntico quadro de saúde e procuram as unidades do SUS.

Mas não é só: é lugar-comum que as pessoas mais pobres e com menos instrução – usualmente mais necessitadas das prestações objeto de direitos sociais – encontram maiores dificuldades e obstáculos, às vezes intransponíveis, ao exercício individual do acesso à justiça. De fato, “o acesso à justiça no Brasil está longe de ser igualitário. Por diversas razões, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger seus direitos”, de sorte que decisões individuais equivocadas podem “criar privilégios não universalizáveis”.⁹¹

Observe-se que uma política pública engendrada para a promoção de determinado direito social deve, por definição, ser isonômica: o Estado estabelece um programa de ação, constituído por um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um fim de relevância pública ou social, aqui, especificamente, a satisfação de um direito social.⁹² Ora, é evidente que tal política pública só tem sentido ou só tem razão de existir juridicamente se buscar contemplar todos os que fazem jus ao direito visado por encontrarem-se na mesma condição no que se refere ao suporte fático da norma respectiva. É evidente que titulares de certo direito social podem receber tratamento diverso por parte do Estado em razão de diferenças relevantes entre suas situações – por exemplo, no caso da saúde, diversos graus de gravidade da moléstia ou prognósticos distintos –, tudo de acordo com os apresentados critérios extraíveis do princípio da igualdade. Isso é próprio ao desenho de uma política pública. Não lhe são próprias, contudo, modificações para destinar-se melhor atendimento a determinado(s) indivíduo(s), o qual nem sequer poderia ser custeado para os demais cidadãos em mesma condição, em diferenciação cujo critério de discrimen resume-se ao fato de que esse(s) indivíduo(s) ajuizou(aram) demanda individual e os demais, não.

Modificar política pública para atender e colocar em posição mais vantajosa tão somente um demandante individual – por exemplo, concedendo-lhe medicamento de ponta não contemplado na política de saúde – conduz à sua singularização sob tal tratamento favorecido, não dispensado às outras pessoas em igual situação no que se refere às normas que disciplinam

⁹¹ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 182-183.

⁹² Sobre a definição de política pública, cf. *supra* a subseção 1.3.1, com referências às lições de Fábio Konder Comparato e Maria Paula Dallari Bucci.

o direito social e a atinente política pública em discussão no caso concreto. Esse autor individual, em tal hipótese, passa a ser beneficiário concreto e específico, com exclusividade, de política pública customizada judicialmente em seu favor, ordinariamente muito mais custosa que a definida geral e abstratamente para o restante da população em situação análoga.

Reforce-se, de resto, inexistir em regra traço distintivo na situação concreta do demandante individual a justificar racionalmente tal tratamento diverso em comparação com os demais. Diferença mesmo, no mais das vezes, apenas se verifica a já referida: aquele aforou ação judicial; outros, não. Não se cuida, por óbvio, de critério de diferenciação apropriado ante a exigência de correção lógica (ou adequação racional) para dispensa de tratamento estatal mais vantajoso.

Demais disso, parece evidente que esse tratamento favorecido exclusivamente ao demandante do processo individual, ao qual se privilegiou com prestação estatal não universalizável frente à insuficiência de recursos para tanto – privilégio esse mais alcançado normalmente por quem possui superiores condições financeiras e informacionais em ordem a lograr exercer individualmente acesso à justiça –, contraria o art. 3º da Constituição da República, que estabelece os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, entre os quais estão o de erradicar a pobreza e a marginalização, o de reduzir as desigualdades sociais e, por fim, aquele que resume os demais, o de promover o bem de todos. Portanto, além de tal tratamento diferenciado em favor do demandante individual não encontrar correlação lógica com o critério de discrimine, a diferenciação operada não encontra guarida constitucional.

Destarte, pode-se concluir que, em princípio, a modificação de política pública judicialmente em benefício unicamente do autor da demanda ofende o princípio da igualdade, pois o demandante é discriminado beneficentemente em comparação com outras pessoas em mesma situação em face da política pública sem que tal distinção possa justificar-se por critérios racionais extraídos do referido princípio. Repise-se que os indigitados critérios aferidores da compatibilidade de certa desigualdade operada pela lei com o princípio da isonomia devem ser atendidos pelo Poder Judiciário em sua excepcional atuação modificadora de políticas públicas – sempre e apenas como meio necessário a dar remédio a uma injuridicidade constatada –, porque, ao adentrar o campo primariamente característico da atividade dos Poderes Legislativo e Executivo, precisa pautar-se pelas normas tais quais deveriam ser observadas por esses Poderes.

Diante disso, afigura-se adequado e mesmo necessário, como se intenta demonstrar na próxima seção, que essa peculiar forma de tutela jurisdicional se dê em sede coletiva, em respeito ao princípio da isonomia, entre outras razões porque a reserva do possível só pode ser apropriadamente examinada em tais casos ante a viabilidade ou não de universalização da prestação estatal pleiteada, é dizer, pela possibilidade ou não de o Estado disponibilizá-la a todos que dela carecem em igual condição.⁹³

A propósito da necessidade de a reserva do possível ser averiguada nesse aspecto global, Daniel Sarmiento frisa que a análise da (in)suficiência de recursos públicos não deve ocorrer sobre o “custo representado apenas pela prestação concedida ao autor da ação”⁹⁴, porquanto:

por mais custosa que seja esta prestação, dificilmente ela será muito significativa quando cotejada com a magnitude dos recursos e orçamentos das entidades federativas. Assim, se o parâmetro for este, praticamente toda pretensão formulada em ações individuais será acolhida, ainda quando seja economicamente impossível para o Estado estender o mesmo benefício a todas as pessoas em idêntica situação. Ocorre que o Estado não deve conceder a um indivíduo aquilo que ele não tiver condições de dar a todos os que se encontrarem na mesma posição. Esta é uma exigência fundamental imposta pelo princípio da igualdade, que não pode ser postergada.⁹⁵

Deveras, avaliar a reserva do possível comparando o volume de recursos de que o ente estatal dispõe com a despesa necessária tão somente à prestação pedida pelo demandante, a qual excepciona em favor deste a política pública, desconsiderando-se o dispêndio de recursos preciso para viabilização da prestação a todos que estejam em igual situação, é, para dizer o mínimo, inadequado e irracional, pois viola o princípio da igualdade e deturpa a essência da noção de políticas públicas, na linha do exposto acima.

Luís Roberto Barroso, outrossim, tendo em conta a massiva litigância individual envolvendo a saúde pública no Brasil, tece crítica calcada em premissas semelhantes:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a

⁹³ Apontando para a conveniência da coletivização desse tipo de tutela, cf. COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370.

⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 182.

⁹⁵ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 199.

exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.⁹⁶

Em sentido similar, ainda no que toca à chamada judicialização do direito à saúde pública, Varun Gauri e Daniel Brinks, como resultado de estudo comparativo das diferentes experiências judiciais observáveis no Brasil, na Índia, na Indonésia, na Nigéria e na África do Sul, ressaltam, em relação ao “modelo clássico adotado pelos tribunais brasileiros”, os quais “em geral concedem somente remédios individuais e limitados”, a distorção ora versada:

as consequências negativas geradas quando os tribunais são usados por demandantes individuais para “furar a fila”, desviando-se recursos públicos de áreas prioritárias destinados aos mais pobres ou obtendo-se medicamentos caros demais para contemplar toda a população.⁹⁷

Com esse modelo individual de prestação jurisdicional, apontam ainda Varun Gauri e Daniel Brinks que, apesar da quantidade expressiva de decisões prolatadas pelo Poder Judiciário brasileiro concedendo prestações na seara da saúde pública nos últimos anos, os impactos sociais positivos em prol das políticas públicas nessa área, segundo os parâmetros considerados pelos autores, têm-se mostrado insatisfatórios em termos comparativos: entre os cinco referidos países objeto do estudo, o Brasil ficou à frente tão somente da Nigéria. Essa forma de tratamento desses litígios, que procura ministrar-lhes remédio a conta-gotas, na expressiva figura proposta por Edilson Vitorelli,⁹⁸ não oferece a melhor resposta que o sistema processual pátrio permite; ao revés, tem causado situações de injuridicidade e distorções, consoante se pretende deixar demonstrado neste trabalho.

A via jurisdicional adequada para o trato de conflitos cuja solução necessariamente pressupõe – sempre, não custa lembrar, para a tutela de direito claramente identificado na motivação da decisão – alteração em política pública não pode distanciar-se de uma perspectiva

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 34, pp. 11-43, 2009, p. 27.

⁹⁷ BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (org.) *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*, n.p., tradução nossa. No original: ressaltam, em relação ao “modelo clássico adoptado por los tribunales brasileños”, os quais “en general conceden sólo remedios individuales y limitados”, a distorção ora versada: “las consecuencias negativas que se generan cuando los tribunales son utilizados por demandantes individuales para ‘saltarse la fila’, desviar los recursos del Estado lejos de las áreas prioritarias para los más pobres o acceder a medicamentos demasiado costosos para que se hagan extensivos toda la población.”

⁹⁸ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 269-323.

abrangente tanto dos problemas envolvidos quanto das prováveis repercussões da solução pensada. Sobre a necessidade dessa aproximação jurisdicional holística no tocante às políticas públicas de saúde e educação, confirmam-se, outrossim, as observações de Gauri e Brinks:

Os órgãos judiciais brasileiros, por outro lado, têm atuação visivelmente fraca nessa área e dependem muito mais da “provisão” do que da “regulamentação” para intervir em prestações educacionais ou de saúde. A escolha dessa estratégia judicial para a efetivação dos direitos econômicos e sociais tem motivado fortes críticas, que apontam para a forma como o Judiciário privilegia as demandas da classe média e média alta em detrimento dos pobres (Ferraz, 2011). Em suma, mesmo quando os tribunais não estão dispostos a impor novas prestações sociais ao Estado, eles podem apresentar outras formas de respostas a situações em que uma política pública (ou sua ausência) prejudica indevidamente direitos. Isso implica adotar atitude muito diferente de simplesmente exigir ou não do Estado a prestação de um serviço ou a entrega de um medicamento a determinada pessoa.⁹⁹

É oportuno, contudo, deixar muito claro que tudo o que se tem afirmado até aqui se relaciona com o tipo de atuação jurisdicional que, para cumprir seu papel constitucional de tutela de direitos lesados ou ameaçados, não pode prescindir, como meio necessário a tal fim, de introduzir alguma modificação na política pública desenhada pelos Poderes Legislativo e Executivo. Não se está aqui a cuidar de tutela jurisdicional que somente faça valer, na prática, a política pública tal qual concebida pelos Poderes primariamente competentes.

Nesse último caso, parece evidente o cabimento de tutela individual. Por certo, se a estrutura normativa (constitucional, legal e infralegal) foi descumprida pelo ente público, os empecilhos de natureza jurídica para a prestação jurisdicional individual levantados no presente texto não se fazem presentes. A obtenção de tutela jurisdicional individual pela pessoa prejudicada por causa do descumprimento da política pública não ofende o princípio da igualdade nem gera as outras distorções que se busca aqui mostrar, pois, nessa hipótese, a política não é senão cumprida por força de decisão judicial; não é modificada. Em tal situação,

⁹⁹ BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (org.) *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*, n.p, tradução nossa. No original: “Los tribunales brasileños, en cambio, son visiblemente débiles en esta área y confían mucho más en la ‘provisión’ que en la ‘regulación’ al momento de intervenir en la oferta de bienes educativos o de salud. La selección de esta estrategia judicial para hacer efectivos los DES ha motivado fuertes críticas, que señalan la forma en que los tribunales privilegian las pretensiones de la clase media y media alta en detrimento de los pobres (Ferraz, 2011). En resumen, aun cuando los tribunales no estén dispuestos a imponer al Estado nuevas obligaciones de provisión, pueden responder de otras maneras a los reclamos que indican que una política pública (o su ausencia) perjudica de forma indebida los intereses jurídicamente protegidos de un grupo. Esto implica adoptar una actitud muy diferente a la de simplemente exigirle o no al Estado que brinde un servicio o entregue un medicamento a una persona particular.”

a prestação entregue ao demandante individual é a mesma claramente devida a todos os demais cidadãos em mesma condição.

Pode ser que as circunstâncias e o alcance do descumprimento da política pelo Poder Público indiquem a viabilidade e conveniência da tutela coletiva dos direitos atingidos, mas isso não retira a possibilidade de cada um buscar remédio jurisdicional individual, pois, repise-se, não se cuida aqui de modificação singularizada da política pública, senão de seu simples cumprimento tal como a todos devido, é dizer, trata-se da observância de normas jurídicas que garantem dada prestação estatal especificamente delineada.

Um exemplo colhido do cotidiano do foro pode ajudar a deixar mais clara essa distinção: a não dispensação por unidade do SUS em certa localidade de medicamento cuja oferta deveria ocorrer porquanto o fármaco consta da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) constitui claro descumprimento de uma política pública de saúde. À pessoa a quem foi prescrita a ministração desse medicamento e não o obteve em tal unidade de saúde abre-se a via da tutela jurisdicional individual de seu direito à prestação estatal definida na normatização da política pública. Como se sabe, o SUS, previsto constitucionalmente, encontra grande parte de sua disciplina na Lei 8.080/1990. O Decreto 7.508/2011, por seu turno, que regulamenta essa Lei, prevê que “a RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS” (art. 25), competindo ao Ministério da Saúde a atualização periódica da Relação.¹⁰⁰ Assim, no exemplo proposto, para a tutela do direito invocado não há necessidade de mudança alguma na política pública de saúde, que permanece intacta e igual para todos.

Esse exemplo muito difere de outro, correspondente a casos encontrados perante órgãos jurisdicionais em todo o país, nos quais a atuação judicial redundava em modificação particularizada da política pública em favor de certo demandante individual: trata-se da determinação judicial dirigida ao Poder Público para que ofereça fármaco – muito comumente de custo elevado – não contemplado na RENAME, mas reconhecido judicialmente como melhor, em comparação com o tratamento dispensado pelo SUS, tão somente em favor do autor do processo. O presente estudo volta-se a situações como esta, cuja solução jurisdicional individualmente customizada em benefício do autor, olvidando-se as outras pessoas

¹⁰⁰ A atual Relação foi estabelecida pela Portaria 3.435, de 8 de dezembro de 2021, do Ministro da Saúde.

destinatárias da política pública, não apenas ofende o princípio da igualdade, como também gera outros problemas abaixo discutidos.

2.3 OUTROS OBSTÁCULOS: INVIABILIDADE TÉCNICA DE TUTELA INDIVIDUAL ADEQUADA

Não fosse suficiente a violação do princípio da igualdade a desaconselhar a remodelação de políticas públicas por meio do hoje prevalecente modelo de litigância individual de massa, há ainda outros elementos e circunstâncias a serem considerados em desabono desse padrão de atuação jurisdicional.

A esse respeito, com Diogo Rosenthal Coutinho, pode-se dizer que os problemas técnico-fáticos relacionados à reforma de políticas públicas pelo Poder Judiciário podem ser resumidamente enunciados do seguinte modo. Em primeiro lugar, o Poder Judiciário não é dotado da estrutura necessária à promoção de abrangentes modificações sociais, bem como à correção adequada dos rumos de uma política pública por uma perspectiva distributiva e substantiva. Em acréscimo, a (re)elaboração de políticas públicas parte da atuação legislativa e passa por atividades administrativas complexas, as quais se condicionam e amparam em atividade política combinada com especialização técnica, formas de atuar para as quais o Poder Judiciário não tem capacidade, vocação e sequer legitimidade.¹⁰¹

Nesse sentido ainda, o autor observa que, no âmbito das políticas públicas, as decisões normalmente correlacionam-se com volumosas receitas e despesas públicas, ou seja, não raro importam na alocação de parcela relevante dos recursos públicos arrecadados do povo, decisões que, por óbvio, precisam amparar-se numa visão ampla do domínio das políticas públicas, a qual o Poder Judiciário não tem nem é equipado para ter. Com isso, decisões judiciais tomadas de forma isolada, com base numa visão parcial dos problemas envolvidos, tendem a minar a racionalidade das políticas públicas.¹⁰²

¹⁰¹ COUTINHO, Diogo Rosenthal. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

¹⁰² COUTINHO, Diogo Rosenthal. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

De modo particular em relação à atuação judicial na área da saúde pública, é um tanto parecida a síntese apresentada por Maria Tereza Aina Sadek das críticas com frequência desferidas contra tal espécie de atuação. A primeira crítica afirma tratar-se de indevida ingerência no planejamento e orçamento do governo, os quais, além de perderem a previsibilidade mínima imprescindível a qualquer empreendimento grande e complexo como o envolvido na elaboração e execução de políticas públicas, acabam por deixar de contemplar as prioridades eleitas pelos agentes políticos, que devem satisfação pelas promessas feitas a seus eleitores. Ademais, na esteira do apontado acima, esse tipo de atuação finda por favorecer os que, por razões econômicas, de instrução ou outra espécie de vantagem social, conseguem concretizar seu acesso à justiça e obter prestação não alcançável pela parcela menos favorecida da sociedade. No mais, critica-se o imenso número de processos e os valores orçamentários envolvidos, gerando desorganização administrativa.¹⁰³

Conhecido por sua perspectiva crítica tanto do controle de constitucionalidade quanto da reforma de políticas públicas pelo Poder Judiciário, Jeremy Waldron é um dos mais contundentes formuladores da censura relativa à carência de legitimidade por parte do Poder Judiciário para mudar decisões adotadas pelos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, eleitos pelo povo, sobre a aplicação do dinheiro público. O cerne do argumento pode ser assim expresso: numa democracia, o povo paga tributos para que, com o dinheiro resultante, entre outras coisas, as políticas públicas sejam levadas a efeito, em benefício também do povo. Por isso, a legitimidade para escolher as despesas com tais políticas é, em última análise, do próprio povo, que a exerce por meio de seus representantes eleitos para tomar tais decisões.¹⁰⁴ Todavia, como se buscou evidenciar na seção 1, em especial na subseção 1.3.2, afora ser largamente minoritário no Brasil, em que a Constituição estabeleceu tanto controle difuso quanto concentrado de constitucionalidade, tal entendimento não se harmoniza com a já exposta noção de democracia constitucional.¹⁰⁵

Diferentemente, as críticas e problemas relacionados à inexistência da necessária *expertise* e estrutura por parte do Judiciário para operar mudanças em políticas públicas são

¹⁰³ SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário, controle jurisdicional e políticas públicas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 305-312; e SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 1-32.

¹⁰⁴ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

¹⁰⁵ Essa questão da legitimidade da atuação judicial para mudar políticas públicas será retomada na seção 4, especialmente na subseção 4.3.1, quando da abordagem dos litígios e processos estruturais.

bastante robustas e desnudam problemas de difícil – se não impossível – solução em processos individuais. Abordando parcela dessas dificuldades, assinala Daniel Sarmento:

A realização dos direitos sociais pelo Estado dá-se através de políticas públicas, cuja elaboração e implementação dependem, para seu êxito, do emprego de conhecimentos específicos. Os poderes Executivo e Legislativo (mais o primeiro que o segundo) possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área, que frequentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados. O mesmo não ocorre no Judiciário.¹⁰⁶

Outrossim, são mesmo consideráveis as barreiras enfrentadas pelo Poder Judiciário para tomar decisões adequadas – desde um ponto de vista abrangente – no sentido da reconfiguração de políticas públicas, com a consequente realocação de grandes somas de dinheiro público:

[o] processo judicial foi pensado com foco nas questões bilaterais da justiça comutativa [...]. Contudo, a problemática subjacente aos direitos sociais envolve sobretudo questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, já que, diante da escassez, garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais. Boas decisões nesta área pressupõem a capacidade de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de se obter no âmbito de um processo judicial.¹⁰⁷

De fato, embora não se disponha de dados consolidados mais precisos acerca das cifras envolvidas, é possível alcançar uma estimativa de sua dimensão a partir de algumas informações disponíveis quanto à judicialização da saúde pública. Em solicitação de audiência pública, os então Deputados Federais Paulo Teixeira e Esperidião Amin, durante a tramitação do citado Projeto de Lei n. 8058/2014 (que trata do “processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”),¹⁰⁸ apresentaram a informação de que, no exercício de 2015, decisões em processos judiciais individuais comprometiam aproximadamente 25% do orçamento do Estado de Santa Catarina destinado à área da saúde (desconsideradas as despesas com pessoal).¹⁰⁹

Outrossim, ainda de apontamentos realizados no curso de tal Projeto de Lei na Câmara dos Deputados, extrai-se a informação de que o Ministério da Saúde calculava, para

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 208.

¹⁰⁷ COUTINHO, Diogo Rosenthal. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 210.

¹⁰⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

¹⁰⁹ Informação prestada em 1º.9.15 pelo então Secretário de Saúde do Estado, Paulo Kleinubing, em Audiência pública realizada pela Câmara dos Deputados.

o exercício de 2016, que o SUS nas três esferas federativas teria de dispender de cinco a sete bilhões de reais para atendimento a decisões judiciais desse tipo.¹¹⁰ Além disso, há também informação apresentada pelo Ministério da Saúde, acerca dos gastos feitos pela União para aquisição de medicamentos e suplementos alimentares, bem como depósitos judiciais, em atendimento a decisões judiciais nos exercícios de 2010 a 2016, no sentido de que montam cerca de quatro bilhões e quinhentos milhões de reais. Nesse período de sete anos, calculou-se um incremento de 1.010% de gastos públicos relativos a tais demandas. De resto, estimava-se para o exercício de 2017, tal qual se dava para o de 2016, despesas no importe de sete bilhões de reais por União, Estado, Distrito Federal e Municípios.¹¹¹

Diante dos obstáculos e problemas expostos, parece restar claro que o modelo tradicional do processo individual não é apropriado à atuação do Poder Judiciário perante litígios cujo enfrentamento pressupõe mudança em política pública. Não fosse suficientemente grave o descumprimento do princípio da igualdade, a carência de *know-how* e estruturação do Poder Judiciário, máxime para tomar e implementar decisões nessa seara desde uma visão abrangente dos problemas envolvidos e das repercussões para a arrecadação e alocação de recursos, acaba por engendrar disfunções e irracionalidade nas políticas públicas e, por conseguinte, na efetivação dos direitos sociais. Ou seja, muitas vezes, no afã de solucionar o problema apresentado pelo demandante individual, criam-se problemas graves que impactarão diretamente pessoas necessitadas da política pública – ou de outra política tão ou até mais relevante – as quais nem sequer tiveram conhecimento do processo judicial.

Essa inadequação não tem passado despercebida pela doutrina. Antes, vários autores a têm denunciado, consoante indicam várias das citações feitas até aqui. Susana Henriques da Costa, por exemplo, afirma categoricamente que “não é possível resolver questões de justiça distributiva em um modelo processual individualista, que trabalha com questões de justiça comutativa”.¹¹² E Fábio Konder Comparato, há mais de duas décadas, já concluía que “não faz sentido que o litígio a respeito da constitucionalidade de uma política pública possa ser

¹¹⁰ Dado apresentado igualmente na Audiência Pública indigitada na nota anterior pelo então Subsecretário de Planejamento e Orçamento do Ministério da Saúde, Arionaldo Bonfim Rosendo.

¹¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Ministério da Saúde alerta sobre custos da judicialização, 2017; e BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Saúde vai disponibilizar software para controlar ações judiciais em saúde, 2017.

¹¹² COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370 p. 355.

decidido incidentalmente, no curso de outro processo judicial, tendente à solução de uma lide particular”.¹¹³

E boa solução para o problema não parece passar por um ainda maior agigantamento do sistema de justiça, já bastante dispendioso, numa tentativa de que ele dê conta satisfatoriamente da complexa cognição que cada um dos processos que lhe aportam em avalanche diária exige. Nesse sentido, confira-se o escólio de Rodolfo de Camargo Mancuso:

O vezo (equivocado) do *manejo quantitativo* da questão judiciária (mais processos = mais juízes, prédios, equipamentos, servidores, informática, enfim, mais custeio) na medida em que *insufla a oferta*, acaba por *retroalimentar a demanda*, num perverso e oneroso círculo vicioso. Ao fim e ao cabo, sequer resulta o conforto de algum proveito para a parcela mais numerosa da coletividade, mas, ao contrário, como adverte Maria Teresa Sadek, “o sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: *demandas de menos e demandas demais*. Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro, há os que usufruem em excesso da Justiça local, gozando das vantagens de uma máquina lenta, travada e burocratizada”.¹¹⁴

Noutro passo, assim arremata esse raciocínio o mesmo processualista:

Com efeito, não pode a justiça estatal ser equiparada às demais *prestações primárias* do Estado (saúde, educação, saneamento básico, segurança pública), as quais, justamente por ostentarem tal qualificação, otimizam-se quando fomentadas sob critério *quantitativo* (mais médicos, hospitais, escolas, policiamento). Diversamente se passa com a prestação jurisdicional: justamente por não ser de natureza primária, e sim *substitutiva*, quando ocorre dela vir ofertada em modo massivo (mais Fóruns, juízes, serventuários, equipamentos, enfim, mais custeio) operam-se efeitos indesejados e até contrários aos pretendidos inicialmente: além de por aí não se resolver a *crise numérica dos processos* (porque o aumento da oferta acaba retroalimentando a demanda), a atividade judiciária se banaliza e passa a apresentar baixa qualidade: excessivamente lenta, onerosa, imprevisível, demasiadamente *funcionarizada*, donde a parca efetividade prática de muitos comandos judiciais, especialmente os condenatórios ou prestacionais.¹¹⁵

Rápido olhar sobre o quadro de numerosas ações judiciais em busca de prestações de saúde pública ou de vagas na educação infantil tende a confirmar isso. A solução do mérito em favor do autor em tais processos sempre implica despesas públicas. Se a política pública envolvida foi excepcionada em favor desse demandante, parte do dinheiro público teve de destinar-se apenas em seu benefício, com conseqüências que ultrapassam, portanto, sua esfera

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 35, n. 138, pp. 39-48, abr./jun. 1998, p. 47. *De lege ferenda*, o autor propunha fosse instituída uma ação de controle concentrado, à semelhança das já existentes, para julgamento pelos Tribunais de Justiça ou, para litígios com repercussão nacional, pelo Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 926, pp. 135-175, dez. 2012. *E-book*, n.p., grifos do autor.

¹¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas* 1. ed. em *e-book* baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*, n.p., grifos do autor.

jurídica individual, pois – sem contar que a prestação estatal com a qual foi contemplado o autor não contemplará outros cidadãos em idêntica condição e talvez nem possa fazê-lo por absoluta insuficiência de recursos – deixaram de ser atendidos direitos de outras pessoas, no domínio da mesma ou de outra política pública.

Considere-se o caso das vagas na educação infantil. Não há dúvidas de que as crianças com até cinco anos de idade têm direito à educação infantil em creche e pré-escola, cujo dever correspondente incumbe ao Estado, o que deve ser assegurado com “absoluta prioridade” (arts. 208 e 227 da Constituição da República). Com amparo nisso, são ajuizadas demandas individuais e proferidas decisões liminares aos milhares com a determinação de que dada criança seja de imediato incluída na educação infantil. À primeira vista, tudo está correto. No entanto, em termos práticos, como a decisão judicial não tem o condão de prontamente criar vaga nova para receber a criança beneficiada, a solução em favor desta gerará a exclusão de uma outra criança titular do mesmo direito.

De fato, essa criança contemplada após conseguir acesso à justiça pela via individual passará a ocupar vaga que, se observada a fila estabelecida pela Administração Pública, seria de outra criança. Além disso, não é difícil que tenha lugar situação na qual a família da criança preterida tenha maior necessidade desse serviço público que a família da criança beneficiada pela decisão judicial, porque, por exemplo, a mãe daquela tem trabalho fora de casa e dispõe de menos instrução e recursos financeiros, diferentemente da família da criança contemplada, que, bem por isso, pôde contratar advogado ou ir até à Defensoria Pública para buscar o ajuizamento da ação. Repise-se: ambas tinham direito à educação infantil. Mas somente uma delas o viu satisfeito; a outra, que esperava há mais tempo na fila administrada pelo Município, foi preterida. O critério para tal distinção foi apenas um: uma logrou acesso à justiça pela via individual; outra, não. A resposta adequada aqui seria *dormientibus non socurrit jus*? Será esse um critério adequado para esse tipo de litígio? Pensa-se que não. Soluções segmentárias aqui não se mostram apropriadas: para formular e corrigir políticas públicas, as quais, por essência e natural vocação, voltam-se ao atendimento da população de um modo geral ou de parcela da população titular de dado direito – caso do direito das crianças à creche –, não se pode prescindir de uma abordagem holística.¹¹⁶

¹¹⁶ Quanto ao problema das ações judiciais sobre vagas na educação infantil, cf.: COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no Município de São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). *O processo*

Sucedem que, no sem-número de processos judiciais instaurados todos os dias, é impraticável fazer, em cada um deles, toda a complexa cognição e instrução probatória indispensável a uma decisão bem embasada determinando ou não o aumento das vagas na educação infantil, com a correspondente realocação de dinheiro público. Se isso fosse viável, por força da decisão judicial, cada criança entraria numa creche em vaga para ela criada, sem preterição de outra criança. Essa solução seria boa. Porém, é impossível na prática que em todo e cada um dos processos individuais que cuidam da questão se realize a complexa e custosa atividade jurisdicional necessária.

Os obstáculos são ainda maiores em matéria de saúde pública, em primeiro lugar, devido à ainda maior quantidade de processos judiciais existentes. Para ter-se uma noção dessa quantidade, vale referir apuração parcial – pois os dados de alguns tribunais não foram obtidos – realizada em 2014 pelo Fórum da Saúde, no âmbito do CNJ, do número de processos envolvendo prestações do SUS: nas Justiças Federal e Estaduais em primeiro e segundo graus – não computados, pois, os processos nos tribunais superiores – havia quase quatrocentos mil processos em tramitação.¹¹⁷ Em tal miríade de casos, é evidentemente impossível ao Judiciário desempenhar a contento, caso a caso, o já referido exame complexo necessário à alteração de políticas públicas.

Vale observar que as técnicas de gestão e julgamento de casos repetitivos trazidas pelo CPC de 2015, não obstante amenizem, não dirimem o problema, a uma porque não evitam o ajuizamento da avalanche de demandas, já que se aplicam só após a constatação da repetição de demandas; a duas, dado que cabem em controvérsias apenas sobre questões de direito, ao passo que alterações em políticas públicas, consoante se procurou mostrar, envolvem frequentemente também complexa instrução probatória; e, a três – e aqui talvez esteja a principal razão –, porquanto os precedentes formados a partir de tais técnicas obrigam tão somente os órgãos do Poder Judiciário, de sorte que, se os órgãos públicos envolvidos diretamente na política pública em discussão não se adequarem com espontaneidade ao precedente, inescapavelmente serão aforadas demandas judiciais novas sobre a questão.¹¹⁸

para solução de conflitos de interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 449-473; e VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018.

¹¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ n. 107, 2014.

¹¹⁸ Rememore-se que o máximo a que o CPC chegou em termos de expansão da eficácia do julgamento do caso repetitivo para além das fronteiras do Poder Judiciário encontra-se na regra do art. 985, §2º, segundo a qual, em incidente de resolução de demandas repetitivas cujo objeto consista em “questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência

Portanto, as técnicas processuais relacionadas ao tratamento dos casos repetitivos têm sua utilidade no que se refere à revisão de políticas públicas, mas estão longe de dar solução adequada aos problemas acima apontados.

A propósito desse ponto, é útil recorrer às contribuições de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, que classifica o direito processual coletivo, enquanto gênero, em três espécies: a) a referente aos processos coletivos para proteção dos direitos coletivos em sentido amplo (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos); b) a relacionada aos “processos-modelo” ou “incidentes-modelo”, correspondente às referidas técnicas processuais introduzidas pelo CPC de 2015 para os casos repetitivos; e c) as medidas extrajudiciais de resolução de litígios coletivos, caso dos compromissos de ajustamento de conduta, por exemplo.

Com as três técnicas processuais, visa-se a conferir efetividade aos princípios da igualdade e da economia processual. Porém, apenas os processos voltados à tutela dos direitos coletivos em sentido amplo ocupam-se, outrossim, como um de seus objetivos primordiais, da efetivação mais abrangente do direito objetivo material, assim como do exercício mais amplo e racional do acesso à justiça. É que, na linha do exposto, as técnicas dos casos repetitivos oferecem resolução somente para quem ajuizou uma das ações de massa, mas não àqueles que, a despeito de enfrentarem a mesma situação, não alcançaram acesso à justiça individualmente – contingência que, se é aceitável e até normal na atividade jurisdicional em geral, não o pode ser em se tratando de alterar políticas públicas, como se tem tentado demonstrar no presente trabalho.

Diante disso, a primeira das espécies indicadas, a dos processos coletivos, assume função nuclear na consecução dos objetivos do gênero que o autor designa como direito processual coletivo, ao passo que as técnicas dos casos repetitivos assumem, no particular, papel coadjuvante.¹¹⁹ Quanto a esse último aspecto, confirmam-se as palavras do autor:

A possibilidade e a correção na escolha do caráter complementar estão patentes no contexto mundial. Em praticamente todos os países em que se adotou o sistema de processos ou incidentes-modelo, este se desenvolveu e figura lado a lado com as ações coletivas. É o que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos da América, nos quais a *aggregate litigation* convive com a força das *class action*. Na Alemanha, os procedimentos-modelo (*Musterverfahren*) também vieram para somar ao lado das ações associativas (*Verbandsklagen*). Na Inglaterra e País de Gales, o Código de

reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

¹¹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Resolução coletiva de conflitos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 47-70.

Processo Civil de 2000 previu, na mesma parte 19, as *Group Litigation Orders* e as *representative actions*. O mesmo deve ocorrer no Brasil, com a convivência, atual, das ações coletivas com os recursos repetitivos e, no futuro, com o projetado incidente de resolução de demandas repetitivas [positivado pelo CPC de 2015].¹²⁰

De resto, como também salienta Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a súmula vinculante, nada obstante sua eficácia alcance a Administração Pública, não representa instituto tão efetivo em comparação com os processos coletivos tendo em mira os objetivos indicados – busca de maior igualdade, economia processual, realização do direito material e acesso à justiça mais ampliado e racional. Isso porque uma súmula vinculante só deve ser editada, nos termos do art. 103-A da Constituição, “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional” proferidas pelo STF, o que naturalmente demora bastante a acontecer, pois é preciso que várias ações sejam aforadas, que seus processos sejam julgados em primeiro e segundo grau até chegarem ao STF e serem aí apreciados repetidamente. Essa demora, aliás, também se faz presente na sistemática dos recursos repetitivos.

Diferentemente, o processo coletivo está melhor estruturado, como se procurará mostrar na próxima seção, para ampliar de forma isonômica o acesso à justiça, uma vez que se vocaciona a satisfazer o direito de todos que se encontrarem na mesma posição. Não é difícil perceber, a respeito, que o acesso à justiça exercido individualmente, mesmo que com o benefício da justiça gratuita, exige tempo e dinheiro que não raro o inviabilizam a quem trabalha o dia inteiro para o sustento próprio e familiar e, em adição, não tem frequentemente o mínimo de informações sobre como fazê-lo.

Além disso, a tutela jurisdicional coletiva beneficia mais amplamente a realização do direito material – e, portanto, a proteção dos direitos subjetivos – porque litigantes habituais soem pautar seu comportamento em cálculos de custo-benefício, a partir dos quais concluem que vale a pena persistir em dadas condutas violadoras de direitos, pois parte considerável dos lesados não alcançam exercer acesso à justiça.¹²¹ Entes públicos, é preciso reconhecer, são comumente contumazes descumpridores de normas de direitos sociais e, muito embora seus agentes políticos tenham um dever de agir ético qualificado pela incumbência de gerirem a coisa pública, os limites orçamentários em combinação com prioridades movidas por

¹²⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Resolução coletiva de conflitos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 47-70, p. 65.

¹²¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Resolução coletiva de conflitos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 47-70.

motivos mesquinamente eleitoreiros podem desembocar em decisões pautadas no antiético cálculo de custo-benefício. Problemas desse jaez evitam-se mediante utilização da via processual coletiva, que pode oferecer resolução judicial abrangente do litígio como um todo, pois alcança todas as pessoas que têm o mesmo direito social e estão em igual condição.

No que se refere, por fim, ao princípio da economia processual, considerando-se que o direito processual tem caráter instrumental, pois o processo é meio voltado a um fim, segue-se que há um dever de lançar-se mão das técnicas processuais mais eficientes e econômicas. Nesse sentido, o funcionamento eficiente do sistema processual coletivo tem potencial para contribuir significativamente para solução adequada do problema de sobrecarga e consequente morosidade da prestação jurisdicional notoriamente experimentada hoje no Brasil.¹²²

¹²² Aluisio Gonçalves de Castro Mendes atribui a reportada sobrecarga ao vertiginoso crescimento do número de ações ajuizadas nas últimas décadas, em certa medida por influência das assim denominadas ondas de acesso à justiça, em especial a partir da década de 90, após a redemocratização e o engrandecimento do sistema de justiça brasileiro (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Resolução coletiva de conflitos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 47-70).

3 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA: ALTERAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA PARA TODOS EM IGUAL CONDIÇÃO

Na seção 1, procurou-se assentar a justiciabilidade dos direitos sociais por meio da modificação de políticas públicas, quando esta for necessária. Na seção 2, buscou-se mostrar que a litigância individual de massa não se tem revelado padrão adequado para a atuação jurisdicional com tal escopo, em primeiro lugar por resultar em ofensa ao princípio da igualdade e, em segundo, devido à complexidade comum a litígios com tais contornos, cujo enfrentamento com boa cognição é impraticável em cada um dos feitos decorrentes do enorme volume de demandas apresentadas cotidianamente.

Na presente seção, intenta-se evidenciar que o processo coletivo é dotado de técnicas apropriadas a dar solução ao primeiro problema indicado, isto é, que a tutela jurisdicional coletiva é hábil a resolver tais litígios de maneira isonômica. O segundo problema, relacionado à complexidade de tais litígios, será objeto da seção 4, dedicada à avaliação do processo estrutural (espécie de processo coletivo) enquanto instrumento para o manejo jurisdicional desses litígios.

Pretende-se demonstrar nesta terceira seção que lançar mão do direito processual coletivo para resolução de tal espécie de litígios tende a conciliar as normas constitucionais que garantem aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais e acesso à jurisdição em caso de lesão ou ameaça a direito (inafastabilidade) com a observância do direito material, no que se refere à igualdade e à racionalidade que devem nortear a concretização de direitos sociais por intermédio de políticas públicas, em solução preconizada pelo princípio da instrumentalidade processual.

É de rememorar, a propósito, que o direito processual civil, sobre haurir parte de suas normas basilares do texto constitucional, deve ser por inteiro “interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição”, comando óbvio que nem sequer precisaria constar expressamente do art. 1º do CPC de 2015. Assim, se os princípios da instrumentalidade e da efetividade da tutela jurisdicional foram de um modo geral reforçados no art. 4º do CPC de 2015 – entre os dispositivos que cuidam das “normas fundamentais do processo civil” –, que estabelece o direito à “solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, quanto mais o foram em se cuidando de direitos fundamentais.

Portanto, para adequada solução dos litígios de que se trata neste trabalho, em que é preciso alterar política pública como meio necessário à tutela de direitos – em especial, de direitos fundamentais sociais – lesados ou ameaçados, consideradas as circunstâncias fáticas, as técnicas processuais dispostas no ordenamento jurídico e o imperativo de se preservarem caros valores constitucionais envolvidos, parece correto, como se busca deixar claro nesta seção, reconhecer a superioridade do processo coletivo.

3.1 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL

Desde o início do presente texto, tem-se procurado enfatizar a relevância do princípio da instrumentalidade do processo para a interpretação do sistema processual e a solução dos problemas concretos que se apresentam no dia a dia do foro. A jurisdição e, conseqüentemente, seu instrumento, o processo, não são fins em si mesmos. São meios para cumprimento do direito objetivo, com o que se tutelam direitos subjetivos e se promove pacificação social; tal é sua razão de existir e, por isso, o processo e a prestação jurisdicional devem ser estruturados e compreendidos desde tal finalidade.

Em verdade, essa razão de ser da jurisdição e do processo pode até ser considerada uma obviedade. Mas convém que dela não se afaste o processualista para bem aquilatar a importância do princípio da instrumentalidade do processo, que não faz senão lembrar ao intérprete aquela razão de ser. Confirma-se tal obviedade enfatizada nas palavras de Pontes de Miranda:

Se as regras de direito objetivo pudessem realizar-se sem dificuldades, com perfeição por bem dizer consentida e mecânica, seria desnecessário o direito processual. Só existiria o direito material. Isso, porém, não é o que se passa. Ou porque as leis sejam suscetíveis de leituras diferentes, ou porque sejam, de si mesmas, obscuras ou lacunosas, ou porque, no apreciá-las, dado o temperamento de alguns indivíduos (o que hoje tem sido estudado em tipologia psicológica), tendam esses a ver, nos textos legais, ou nos arestos mesmos, ou nas regras interpretativas, somente o que “serve a seus interesses”, verdade é que as lutas judiciais são inevitáveis, e constituem produto mais ou menos constante das organizações sociais.¹²³

Com efeito, se a incidência das normas jurídicas fosse inteiramente respeitada por todos os integrantes da sociedade, não haveria necessidade de jurisdição e processo. Este, na

¹²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. 37.

lição de Pontes, “não é mais do que o corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo”.¹²⁴ Dessa imperfeição, inerente à humanidade, emerge, pois, o imperativo de existência da jurisdição e do processo, ambos com o escopo de realização ou aplicação do direito objetivo, pacificação social e tutela dos direitos subjetivos.¹²⁵

Nos tempos mais remotos, a forma corriqueira de composição dos conflitos foi a justiça de mão própria ou autotutela, pela qual, em regra, sob a evasiva de fazer justiça, o mais forte fazia prevalecer sua vontade.¹²⁶ “Diante dos bens da vida, a forma primitiva de solução dos conflitos entre os homens, ou entre as entidades personificadas, foi a *luta material*”.¹²⁷ Nessa época, não havia ainda um Estado assaz estruturado e fortalecido que conseguisse impor aos particulares o acatamento à incidência das normas jurídicas.¹²⁸ Aos poucos, a justiça de mão própria foi substituída, primeiro pela escolha de um juiz particular, depois, com a vigilância estatal dessa escolha e, finalmente, pela jurisdição estatal.¹²⁹ A partir daí, sucedeu ter o Estado avocado, com exclusividade, o dizer o direito, ou melhor, o dizer qual direito incidiu e deve ser aplicado, bem como o aplicar, o realizar esse direito que incidiu. Em outras palavras: o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a justiça de mão própria – ressalvadas exceções àquele monopólio (p. ex., a arbitragem) e a essa proibição (v. g., o desforço imediato e a legítima defesa da posse (Código Civil, art. 1210, § 1º)).¹³⁰

¹²⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. 78.

¹²⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, pp. XVII e 77). Pontes de Miranda afirma que a finalidade precípua ou imediata refere-se à realização do direito objetivo – já que o Estado tem interesse direto em que as normas que edita sejam aplicadas –, de maneira que as finalidades de pacificação social e tutela dos direitos subjetivos, a despeito de serem nimamente importante, são mediatas.

¹²⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. 78.

¹²⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. 33, grifo do autor; e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998, t. I, p. 243, grifo do autor.

¹²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23.

¹²⁹ No transcurso da história, o governante primeiro chamou a si a função de julgar, que depois foi para os tribunais dos reis, e mais à frente, para os tribunais dos Estados constitucionais e, por fim, democráticos, pelos quais inclusive os reis devem ser julgados (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. 37).

¹³⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. 193.

A partir desse momento, naturalmente, o “Estado passou a *dever* Justiça”, fazendo nascer em favor de todos a pretensão à tutela jurídica.¹³¹ Daí a afirmação corrente de ser a jurisdição não só um poder estatal – porquanto consubstancia uma das emanações da soberania –, mas um genuíno poder-dever.

O processo, por sua vez, é o instrumento de atuação da jurisdição; por meio dele o Estado exerce a função jurisdicional.¹³² A palavra processo deriva do latim *procedere*, ir dali para frente, dando a ideia de fato em seguimento.¹³³ Encontram-se, como se sabe, diversas teorias que tentaram explicar a natureza jurídica do processo, já qualificado como contrato, quase-contrato, relação jurídica, situação jurídica, instituição etc. Pela opinião mais difundida, o processo envolve os conceitos de relação jurídica processual e procedimento. É, pois, uma entidade complexa, devendo ser encarado tanto sob o aspecto da série de atos processuais que o manifesta (procedimento) quanto sob o da relação que liga autor, juiz e réu (relação jurídica processual).¹³⁴

A relação jurídica processual, espécie do gênero relação jurídica, é de direito público, pois o Estado, através do juiz, dela participa, impondo seu *imperium*.¹³⁵ Ademais, pela visão publicista do processo, este não serve precipuamente como instrumento para fins privados, no interesse da parte; antes, é instrumento público voltado à efetivação do direito objetivo, pacificando conflitos, mediante a tutela de direitos subjetivos lesados ou ameaçados. Esses fins são públicos, interessam à sociedade como um todo.¹³⁶ O procedimento, a seu turno, é a forma

¹³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. 22, grifo do autor.

¹³² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 277.

¹³³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. 192; e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998, t. I, p. 297. Explica-se ter decorrido da referida derivação etimológica o equívoco de, por muito tempo, ter-se considerado processo somente o procedimento, o suceder de atos processuais, descurando-se a existência da relação jurídica processual (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 277).

¹³⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 283.

¹³⁵ A relação processual estabelece-se entre autor, Estado-juiz e réu: nasce, linearmente, entre autor e juiz, com o despacho da inicial, e angula-se – concepção da relação em ângulo (autor, juiz; juiz, réu), de Konrad Hellwig – ou triangula-se – compreensão de Adolf Wach – com a citação (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. XXI).

¹³⁶ Daí porque o direito processual é ramo do direito público. Com efeito, seja pelo critério que remonta a Ulpiano, do interesse preponderante (se público ou privado), seja pelo critério da presença do Estado na relação jurídica, seja, ainda, pela variação desse último encontrada no critério da subordinação (presença do Estado com supremacia, com poder de autoridade, na relação jurídica), a conclusão que se impõe é a de que o direito processual civil é

do processo, sua exteriorização. Constitui-se pela sucessão de atos processuais que se ligam para o atingimento do fim visado, a prestação jurisdicional.

Portanto, percebe-se que a própria origem e a razão de ser da jurisdição e do processo claramente apontam para o princípio da instrumentalidade processual: o processo deve ser adequado a seus fins, notadamente a correta realização do direito objetivo. Esse princípio e a interpretação do direito processual civil a ele aderente não podem compadecer-se com resultados processuais violadores, no plano material, de valores constitucionais que estão à base dos direitos para os quais se invoca a tutela jurisdicional – como se dá com a igualdade em relação aos direitos fundamentais sociais – e tampouco geradores de distorções e irracionalidade nas políticas públicas desenhadas para a concretização de tais direitos.

Além disso, o reconhecimento de força normativa às Constituições e a gradativa incorporação de novos compromissos aos textos constitucionais a partir da metade do século XX influenciaram nova visão acerca do sistema processual, que, para além de instrumento de atuação da vontade concreta da lei, na consagrada lição de Chiovenda,¹³⁷ passou a ser encarado como mecanismo vocacionado à efetiva tutela de direitos, em especial os direitos fundamentais.¹³⁸

A Constituição assegura que a lei jamais impedirá que uma lesão atual ou perigo de lesão a direito seja abstraída de apreciação possível pelo Poder Judiciário. Logo, o “processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material. De modo que entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação”.¹³⁹

No que se refere à tutela de direitos fundamentais sociais por meio de mudanças nas respectivas políticas públicas, é forçoso igualmente que o direito processual civil ofereça instrumentos adequados, bem como, por óbvio, que tais instrumentos sejam para tanto escolhidos, de maneira que, com racionalidade e justiça distributiva, o ordenamento jurídico

ramo do direito público. Sobre a distinção entre direito público e privado e sua utilidade, cf.: FREIRE, André Luiz. Direito público e direito privado. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

¹³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2000.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 28.

seja aplicado e os direitos subjetivos, protegidos a contento. Assim, “são necessárias adaptações da técnica processual para a tutela adequada dos direitos sociais fundamentais [...]. Algumas adaptações já são possíveis [...]. Outras demandam a alteração legislativa”.¹⁴⁰

Como se objetiva mostrar ainda nesta seção 3, o direito social cuja satisfação requer mudança na política pública correspondente assume contornos de direito difuso, de sorte que sua tutela adequada deve dar-se na via processual coletiva, cujo provimento jurisdicional é apto a alcançar de maneira uniforme todos os titulares do direito, atendendo ao princípio da igualdade. Está-se aqui a referir técnicas processuais, como também se buscará demonstrar, já dispostas pelo ordenamento jurídico, cujo manejo para tal tipo de tutela é indicado, se não imposto pelo princípio da instrumentalidade processual.

Ademais, como se pretende detalhar na seção 4, o tratamento jurisdicional dessa espécie de litígio em processos coletivos, cada um dos quais com abrangência sobre o litígio como um todo – processos coletivos em número total muito menor, evidentemente, em comparação com o quadro atual preponderante de processos individuais –, permite o manejo de técnicas processuais aptas a ampliar não só a apreensão do quadro fático e técnico necessário à boa solução do caso, com a coleta dos dados necessários, como também a legitimidade da decisão jurisdicional a ser tomada, mediante, por exemplo, a atuação de *amicus curiae* e a promoção de audiências públicas, viabilizando-se, com isso, o conhecimento e a participação de grupos e interesses envolvidos.¹⁴¹

Acresça-se, como também se intenta demonstrar na seção 4, que a modificação judicial de política pública implica expressiva elevação do ônus argumentativo do juiz: é preciso

¹⁴⁰ COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370, p. 346.

¹⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013; SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; e COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370. Sobre a intervenção de *amicus curiae* em processos coletivos, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 117, pp. 9-41, set.-out. 2004; CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae e o processo coletivo: uma proposta democrática*. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 192, pp. 13-45, fev. 2011; e DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 4, especialmente p. 231.

motivação minuciosa das opções tomadas, que contemple a complexidade envolvida, seja no tocante aos valores implicados, seja quanto às consequências da decisão, de maneira que seja possível controle social da atuação jurisdicional.¹⁴² E, na prática, essa forma qualificada de fundamentação é impossível em cada um dos casos que formam a atual miríade de processos que impactam diretamente políticas públicas, ao passo que é factível num número menor de processos coletivos com instrução probatória adequada. Observe-se que não se trata, no particular, apenas de viabilidade prática de elaboração de motivação cuidadosa e profunda: em situações individuais, o foco de atenção do julgador não está no quadro todo do litígio, mas apenas naturalmente na necessidade do autor do processo:

Nas ações individuais, o raciocínio judicial deveria ser o mesmo. Contudo, aqui é muito mais fácil para o juiz “tapar o sol com a peneira”, e conceder “com o coração” qualquer prestação demandada, já que os efeitos concretos de cada decisão sobre o orçamento público costumam ser diminutos [...]. Ocorre que estas decisões tendem a se multiplicar, comprometendo a racionalidade das políticas públicas e criando implicitamente preferências para algumas pessoas sobre bens escassos, fora de qualquer parâmetro ético ou jurídico.¹⁴³

Releva notar, em adição, consoante se exporá detalhadamente também na seção 4, a atividade satisfativa em processo coletivo voltado à reestruturação de uma política pública é amiúde muitíssimo mais complexa comparativamente às execuções em processo individual, pois muitas vezes é aconselhável a organização do cumprimento da decisão por meio de um plano de ação elaborado com a colaboração do autor, do Ministério Público e especialmente do ente público demandado, com a fixação de prazos e alguma margem para correção de rumos e adaptações, de maneira que o papel do juiz acaba por assumir aí um caráter marcado de mediador.

E antes mesmo da instauração do processo coletivo, o Ministério Público, legitimado coletivo notoriamente mais atuante, costuma conduzir inquérito civil não somente com o fim de coletar elementos de convicção para sua atuação como também para verificar a viabilidade de tutela negociada dos direitos, resolvendo-se o litígio, por exemplo, mediante compromisso de ajustamento de conduta ou, ainda, acatamento a uma recomendação. E soluções negociadas nesse campo, seja ou não em juízo, afora o benefício em favor da diminuição do excessivo

¹⁴² COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 213.

número de processos judiciais, apresentam a vantagem de manter o Poder Público, primariamente competente nessa matéria, na condução da política pública de sua responsabilidade.

3.2 DIREITO À ALTERAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA COMO DIREITO DIFUSO

Na presente subseção, sustenta-se a qualificação dos direitos sociais para cuja satisfação não se pode prescindir da modificação de uma política pública como verdadeiros direitos transindividuais, especificamente difusos, cujos titulares são indivíduos indeterminados – que, assim, devem ser coletivamente considerados – e cujo objeto (prestação) só pode juridicamente ser satisfeito em favor de todos. Para tanto, é preciso iniciar com algumas palavras sobre a tutela jurisdicional coletiva dos direitos.

3.2.1 Direitos sujeitos à tutela jurisdicional coletiva: coletivos *lato sensu*

O processo civil tradicional, de que se ocupa o CPC de 2015 – na trilha de seus antecessores de 1973 e 1939 –, volta-se à tutela individual de direitos subjetivos individuais. Mesmo com a adoção legislativa de técnicas de gestão e julgamento de casos repetitivos, é imprescindível, como já exposto, prolação de decisão em cada caso, ainda que seja para aplicar o precedente formado.

Sempre houve, porém, alguns direitos subjetivos aos quais não corresponde um ou mais titulares determinados ou individualizados. São os chamados direitos transindividuais ou metaindividuais, cujo titular não é fulano, beltrano ou sicrano, mas todas as pessoas ou determinada coletividade de indivíduos indeterminados. É o caso, por exemplo, do direito ao meio ambiente sadio ou equilibrado, do direito a práticas publicitárias não abusivas e do direito à probidade no trato da coisa pública.

Em relação a esses direitos, as técnicas processuais tradicionais – concebidas basicamente para resolver os conflitos entre A e B ou, no máximo, entre o grupo A de pessoas individualizadas e o grupo B de indivíduos determinados (litisconsórcio) – mostram-se insuficientes. O processo civil clássico, pautado em uma visão individualista – que se espalhava

pelos institutos processuais, como a legitimidade de parte, os procedimentos, os poderes do juiz, os efeitos da sentença e a coisa julgada –, revelou-se inadequado para tratar de questões que foram surgindo cada vez em maior número e complexidade no seio social, relacionadas a interesses transindividuais e lesões de massa.¹⁴⁴

No Brasil, em tal contexto, a partir de 1985, com a edição da Lei 7.347, que disciplina a ação civil pública, grande marco normativo no âmbito do processo coletivo, passou-se a dar maior atenção à tutela dos direitos transindividuais. Após a indigitada Lei, vieram a lume outras, também dedicadas, ainda que parcialmente, à proteção jurisdicional desses direitos, como a Lei 7.853/89 (pessoas com deficiência), a Lei 8.069/90 (crianças e adolescentes), a Lei 8.078/90 (consumidores) – com a qual recebeu disciplina específica a categoria dos direitos individuais homogêneos –, a Lei 8.429/92 (improbidade administrativa), a Lei 8.884/94 (ordem econômica) e a Lei 10.741/03 (idosos). Até mesmo a Constituição de 1988 previu expressamente alguns instrumentos de proteção de tais direitos, como, entre outros, o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), o inquérito civil e a própria ação civil pública (art. 129, III).¹⁴⁵

Esse quadro normativo forma um microssistema ou subsistema processual coletivo, que disciplina a tutela coletiva de direitos transindividuais e individuais homogêneos, cujo núcleo é composto pelas Leis 7.347/85 (que cuida da ação civil pública) e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), diplomas que guardam relação de recíproca complementaridade, por obra do art. 21 da primeira e do art. 90 da segunda.

Buscando sistematizar os mecanismos de tutela jurisdicional estabelecidos pelo direito processual civil, Teori Albino Zavascki os distribui entre as seguintes classes: (i) mecanismos de tutela individual de direitos subjetivos individuais (mecanismos clássicos); (ii) mecanismos de tutela coletiva de direitos subjetivos individuais homogêneos, por origem comum (ações civis coletivas, com a utilização da técnica de substituição processual, como se dá, por exemplo, com o mandado de segurança coletivo); (iii) mecanismos de tutela de direitos transindividuais (de grupos ou classes de pessoas indeterminadas) – ação popular e ações civis públicas,

¹⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

¹⁴⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 15-16.

inclusive a de improbidade; e (iv) mecanismos de tutela da ordem jurídica (ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade).¹⁴⁶

A Lei 7.347/85, que rege a ação civil pública, nasceu para a tutela dos direitos transindividuais. Já a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos (ações civis coletivas) surgiu com o CDC.¹⁴⁷

As características dos direitos transindividuais, em especial sua titularidade plúrima e indeterminada, impõem, para tutela jurisdicional adequada, a via coletiva. Como não se trata de direitos de um ou mais sujeitos considerados individualmente, mas de um conjunto de sujeitos ou da sociedade como um todo, o processo tradicional, vocacionado a solucionar litígios individuais, não dá conta de resolver satisfatoriamente litígios em que se discutem aqueles direitos.

Há, por outro lado, direitos individuais que, pela sistemática processual estabelecida no CDC, são merecedores de tutela tanto individual quanto coletiva. Na via individual, o art. 113 do CPC faculta a formação de litisconsórcio por conexão ou afinidade em tais casos, com a possibilidade de o juiz limitar o multitudinário. Além disso, a técnica de gestão e julgamento de casos repetitivos muitas vezes contempla tais direitos. Trata-se dos direitos individuais homogêneos, os quais constituem uma massa de direitos subjetivos individuais comuns ou normais que guardam semelhança entre si em razão de terem origem comum. A categoria foi idealizada para dar adequado tratamento jurisdicional a lesões de massa, em especial no âmbito do direito consumerista, as quais fazem nascer múltiplos direitos subjetivos a reparação

¹⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

¹⁴⁷ Quanto às origens do processo coletivo, o entendimento preponderante na doutrina aponta a jurisprudência inglesa do séc. XVII, identificando sua gênese na *class action* (ação de classe), de manejo inicialmente contido. Dessa experiência mais antiga, contudo, originou-se a moderna *class action*, aperfeiçoada e difundida nos EUA, por meio da qual se desenvolve a defesa, por um ou mais membros de uma classe, dos interesses de todos que a compõem, após apreciação de determinados requisitos de admissibilidade, como a adequada representação. Constatada a adequada representação e aceita a *class action*, a coisa julgada do *decisum* proferido alcança toda a classe, com inclusão daqueles que não foram notificados sobre a demanda. Nos países da *civil law*, de tradição romano-germânica, a partir de 1970, surgiu com maior intensidade a preocupação com o processo coletivo, para a tutela de direitos coletivos, especialmente o meio ambiente, bem como para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, especialmente os dos consumidores, atingidos por atos lesivos de grande escala. O Brasil protagonizou, entre os países da *civil law*, a adoção do processo coletivo, com a Lei 6.513/77, que alterou a redação do § 1º do art. 1º da Lei 4.717/65 (ação popular) para incluir no conceito de “patrimônio público” “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”, direitos difusos, que não compõem o patrimônio de dada pessoa, de direito público ou privado, individualmente. É possível afirmar, portanto, que a ação popular é instrumento pioneiro de tutela jurisdicional de direitos difusos (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011).

similares entre si, exatamente por procederem da mesma lesão ou tipo de lesão praticada pelo mesmo agente.

A tutela jurisdicional coletiva desses direitos é conveniente em vista de ao menos três finalidades: a) acesso à justiça mais amplo e efetivo: a avaliação de custo-benefício de instaurar processo individual para reparação de pequena lesão individual acaba desaconselhando essa via, ao passo que a soma de muitíssimas lesões individuais iguais pode ter grande relevância e justificar proteção jurisdicional num só processo coletivo; b) maior eficiência e economia processual: no lugar de uma enxurrada de processos individuais, serve à tutela dos direitos um só processo coletivo em que se proferirá sentença com condenação genérica contra o responsável pelo dano em favor de todos os lesados – a serem definidos, em conjunto com o valor da indenização, em liquidações individuais; e c) garantir maior igualdade na proteção jurisdicional desses direitos.¹⁴⁸

O CDC, no parágrafo único do art. 81, esboçou definição dos direitos coletivos *lato sensu*, dividindo-os em três espécies: difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.¹⁴⁹ Os dois primeiros são transindividuais. Com amparo nas lições de Teori Albino Zavascki, pode-se assim definir as três espécies:¹⁵⁰

a) Direitos difusos são espécie de direitos transindividuais identificados por duas características: titulares indeterminados e objeto indivisível. Tal indivisibilidade decorre de o direito não poder ser satisfeito ou violado senão em favor ou contra todos os seus titulares. A vinculação dos titulares indeterminados do direito difuso estabelece-se por circunstâncias de fato (por exemplo, morar em dada região). Direito difuso sempre lembrado a título ilustrativo é o previsto no art. 225 da Constituição, cujo objeto é o meio ambiente equilibrado.

¹⁴⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 33-35 e 146.

¹⁴⁹ “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.”

¹⁵⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 35-38, 145-147 e 153-154. O autor explica que, pelo entendimento preponderante, no subsistema normativo do processo coletivo, notadamente no CDC, direito e interesse são sinônimos (p. 35).

b) Direitos coletivos *stricto sensu* são outra espécie de direitos transindividuais, também com objeto indivisível, mas cujos titulares são relativamente indeterminados, pois tais direitos derivam de uma relação jurídica base. Exemplo dessa espécie é encontrado no direito de classe dos advogados, na forma do art. 94 da Constituição, à observância do chamado quinto para composição dos tribunais.

c) Direitos individuais homogêneos, por sua vez, como já indicado, são direitos subjetivos individuais comuns, com titulares determinados e objetos divisíveis, que podem perfeitamente ser ou não satisfeitos cada um de per si. Guardam entre si afinidade por terem objeto semelhante (prestação reparadora), origem comum – decorrem de um mesmo fato, contexto fático ou de fatos similares – e o mesmo sujeito passivo. Pode-se dar como exemplo o direito dos adquirentes de mercadoria viciada ao abatimento do preço (art. 18, § 1º, III, do CDC). Em processo iniciado por ação coletiva para a proteção desses direitos, há cognição parcial (em extensão, horizontalmente), para definir-se em sentença genérica apenas o dever de reparação, a natureza da prestação e quem deve desempenhá-la. Os demais elementos de cada uma das relações jurídicas individuais, isto é, os titulares dos direitos e o *quantum debeatur*, dependem de definição em novos processos individuais.

Vale mencionar, em sentido semelhante, o escólio de Kazuo Watanabe – um dos autores, como se sabe, do anteprojeto de que resultou o CDC –, segundo quem a tutela decorrente do microssistema processual coletivo abrange dois tipos de direitos – ou interesses, termo utilizado como sinônimo de direitos no CDC (e também no art. 129, III, da CR), pois interesse amparado pelo ordenamento jurídico não é senão direito –, a saber, os “essencialmente coletivos”, que incluem os difusos e coletivos em sentido estrito, e os individuais homogêneos, que são coletivos apenas no que se refere à forma de sua tutela.¹⁵¹ Na lição do processualista, assim podem ser sintetizadas as noções das três espécies de direitos coletivos em sentido amplo:

a) Direitos difusos, pela definição legal, são identificados pelos seguintes critérios: no aspecto subjetivo, “indeterminação dos titulares” e “inexistência entre eles de relação jurídica base” e, no aspecto objetivo, “indivisibilidade do bem jurídico”.¹⁵²

¹⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 800.

¹⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 801.

b) Direitos coletivos têm também objeto indivisível, mas seus titulares são determináveis, pois pertencem a um grupo de pessoas ligadas por uma relação jurídica base (i) entre si (como se dá, p. ex., com “membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade”) ou (ii) com a parte contrária (p. ex., “estudantes de uma mesma escola”).¹⁵³

c) Direitos individuais homogêneos, por seu turno, têm natureza individual, mas, como novidade trazida pelo CDC, podem ser coletivamente tutelados em razão de sua homogeneidade e origem comum “de fato ou de direito”, ou seja, em decorrência de sua similitude e de seu nascimento como efeito de um mesmo contexto fático-jurídico – não necessariamente de um mesmo e único fato jurídico.¹⁵⁴

A designação “direitos essencialmente coletivos”, utilizada por Kazuo Watanabe para indicar os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, foi inicialmente utilizada por Barbosa Moreira, antes mesmo da edição do CDC, quando, pois, não havia ainda disciplina legal para tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Barbosa Moreira adjetivou como essencialmente coletivos direitos de “uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas”, que não comportam “decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas”, de tal modo que há uma “comunhão indivisível” entre os titulares do direito, “sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a ‘quota’ de um e onde começa a de outro”. Com isso, “a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”.¹⁵⁵

Em contraposição a esses direitos, Barbosa Moreira referia-se aos “acidentalmente coletivos”, “referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida”, de sorte que a tutela individual dirigida a um não se vincula necessariamente à dos demais. São os direitos decorrentes de lesões de massa, cuja tutela coletiva mostra-se conveniente e vantajosa em comparação com a tutela individual.¹⁵⁶

¹⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 805.

¹⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 806-807.

¹⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de processo*, RT, São Paulo, v. 39, pp. 55-77, jul.-set. 1985. *E-book*, n.p.

¹⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de processo*, RT, São Paulo, v. 39, pp. 55-77, jul.-set. 1985. *E-book*, n.p.

A distinção acima esboçada não tem simples alcance conceptual, mas apresenta grande relevância prática, notadamente no que concerne a determinadas características de processos acaso instaurados com a finalidade de satisfazer os interesses de que se cuida. Tratando-se de interesses essencialmente coletivos, em relação aos quais só é concebível um resultado uniforme para todos os interessados, fica o processo necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela unitariedade, com todas as consequências de rigor - por exemplo, quanto ao regime do litisconsórcio, na hipótese de ser proposta a ação por dois ou mais interessados. Já nos casos de interesses acidentalmente coletivos, uma vez que em princípio se tem de admitir a possibilidade de resultados desiguais para os diversos participantes, a disciplina unitária não deriva em absoluto de uma necessidade intrínseca. Pode acontecer que o ordenamento jurídico, por motivos de conveniência, estenda a essa categoria, em maior ou menor medida, a aplicação das técnicas da unitariedade: esse, porém, é um dado contingente, que não elimina a diferença, radicada na própria natureza das coisas.¹⁵⁷

Como se nota, os direitos transindividuais (direitos difusos e coletivos em sentido estrito), essencialmente coletivos, são bastante diversos dos direitos individuais homogêneos, os quais, não obstante sejam individuais – e, portanto, possam ser tutelados em processos individuais –, podem ser tutelados coletivamente. Esses últimos são, pois, acidentalmente coletivos, no sentido de que a lei pode dispensar-lhe tutela coletiva, como passou a ocorrer no Brasil com o CDC. Já os direitos transindividuais, essencialmente coletivos, só podem ser adequadamente tutelados na via coletiva. Não por outras razões, parte da doutrina reserva a denominação *ação civil pública* para as demandas propostas em defesa de direitos transindividuais e designa como *ação coletiva* ou *ação civil coletiva* aquela voltada à tutela de direitos individuais homogêneos, em busca da prolação de uma sentença genérica nos termos acima expostos.¹⁵⁸

Essa distinção terminológica, afora encontrar respaldo no texto do CDC,¹⁵⁹ é útil para destacar a profunda diferença entre as formas processuais de proteção dos direitos transindividuais e dos direitos individuais homogêneos, que reflete a própria diferença significativa entre esses direitos.¹⁶⁰

¹⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de processo*, RT, São Paulo, v. 39, pp. 55-77, jul.-set. 1985. *E-book*, n.p.

¹⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.

¹⁵⁹ O Capítulo II do Título III do Código é assim denominado: “Das *Ações Coletivas* para a Defesa de Interesses *Individuais Homogêneos*” e o art. 91, que inaugura tal Capítulo, estabelece: “Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, *ação civil coletiva* de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes” (g.n.). Vale observar que algumas leis e os tribunais nem sempre seguem tal nomenclatura: p. ex., a Lei 7.913/89 refere-se à “ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários”, disciplinando a tutela de direitos individuais homogêneos.

¹⁶⁰ Contudo, essa distinção não é adotada por muitos processualistas. Sérgio Seiji Shimura, por exemplo, vale-se da locução ação coletiva para designar toda demanda voltada à tutela de direitos coletivos *lato sensu*: “Para nós, a

Com efeito, afora a distinção essencial entre as próprias espécies de direitos, como se buscou expor, é de rememorar, no que se refere à diferença processual entre tutela de uma e outra, traço bem peculiar dos processos iniciados por ação coletiva para a proteção de direitos individuais homogêneos: a cognição judicial é parcial (em extensão, horizontalmente), de sorte que a prestação jurisdicional é veiculada por sentença genérica, em que se definem apenas o dever de reparação, a natureza da prestação e quem deve desempenhá-la. Os demais elementos de cada relação jurídica individual, isto é, quem é titular do direito e o *quantum debeatur*, dependem de definição em novos processos individuais a serem instaurados por cada um dos indivíduos lesados.

Conforme a disciplina dos arts. 91 a 100 do CDC, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, entre outras peculiaridades, volta-se à indenização pecuniária de vítimas de lesões de massa, culminando com a prolação de sentença genérica, cuja efetivação, como regra, depende do ajuizamento de ações individuais por cada lesado.¹⁶¹ Trata-se de

expressão ‘ação coletiva’ (não-individual) constitui-se em gênero que alberga todas as ações que tenham por objeto a tutela jurisdicional coletiva (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), diferenciando-se da ‘ação individual’, que tem por finalidade veicular pretensão puramente subjetiva e particularizada” (SHIMURA, Sérgio Seiji. *Tutela coletiva: e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 43).

¹⁶¹ Nada obstante essa sistemática tenha sido estipulada como forma primária de liquidação e execução da sentença genérica proferida a partir de ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, a doutrina tem buscado contornar ou mitigar os problemas decorrentes da necessidade de ajuizamento de múltiplas ações individuais para esse fim. Nessa senda, com o escopo de alargar o sentido e alcance dos dispositivos do CDC que tratam da matéria, confirmam-se os seguintes enunciados aprovados em 2023 na III Jornada de Direito Processual Civil:

“Enunciado 222: Os legitimados coletivos poderão propor a liquidação e o cumprimento de sentença em favor das vítimas ou seus sucessores, nos termos do art. 98 do CDC, sempre que houver informações suficientes, podendo ser obtidas em bancos de dados do executado ou de terceiros, entre outros. Justificativa: O art. 98 do CDC foi escrito em um momento em que a tecnologia de dados era precária, o que o fez partir da premissa de que a participação das vítimas seria essencial para a liquidação da sentença coletiva. Hoje, na era dos bancos de dados, o mais comum será a desnecessidade dessa intervenção, uma vez que essa liquidação pode ser feita apenas pela atuação do legitimado coletivo e do réu. O enunciado esclarece essa situação, para firmar a posição de que o ajuizamento de milhares de ações individuais deve ser a opção adotada apenas quando for impossível que a liquidação e o cumprimento ocorram de modo coletivo. No REsp 767.741-PR, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 24/8/2010, o voto vencedor utilizou essa técnica, asseverando a necessidade premente de se evitar a ‘judicialização do varejo’.” (FERNANDES, Geraldo Og Nicéas Marques (coord. geral); MARQUES, Mauro Campbell (coord. cient.). *III Jornada de Direito Processual Civil: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários: 2023, p. 57).

“Enunciado 224: No caso de ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, o juiz poderá intimar o réu para apresentar plano de cumprimento da decisão e notificar as vítimas acerca do plano apresentado [ideia de execução invertida].” (FERNANDES, Geraldo Og Nicéas Marques (coord. geral); MARQUES, Mauro Campbell (coord. cient.). *III Jornada de Direito Processual Civil: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários: 2023, p. 57).

“Enunciado 236: Na ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, a sentença condenatória que determina obrigação de pagar poderá ser líquida, determinando-se, preferencialmente, o cumprimento de forma direta pelo réu aos beneficiários. Justificativa: Trata-se de proposta que visa criar uma alternativa ao modelo previsto no art. 95 do CDC, qual seja, sentença condenatória genérica precedida, necessariamente, de ações individuais de cumprimento de sentença coletiva. Esse modelo revela-se superado pelos avanços que a tutela coletiva brasileira experimentou ao longo de sua evolução, e sobretudo incompatível com o cenário atual de

abordagem bem diferente daquela verificada em processos instaurados para proteção de direitos transindividuais, para os quais normalmente a tutela adequada é específica (ou pelo resultado prático equivalente), uma vez que, no mais das vezes, a conversão em pecúnia é incabível ou, no mínimo, inconveniente, de modo que a sentença de procedência (executiva ou mandamental) volta-se desde logo à satisfação do direito.

Além disso, há diferença entre ação civil pública e ação coletiva também quanto aos pressupostos de surgimento da coisa julgada material: naquela, apenas o julgamento de improcedência fundamentado na insuficiência da prova produzida é excepcionado da normal formação da coisa julgada (art. 16 da Lei 7.347/85), ao passo que, para ação coletiva, o art. 103, III, do CDC prevê o surgimento de coisa julgada somente para a sentença de procedência, de sorte que, na improcedência, mesmo com prova suficiente – que é acobertada pela coisa julgada na ação civil pública –, não há formação de coisa julgada material.

Em suma, nada obstante se esteja numa e noutra demanda no âmbito do microssistema processual coletivo, parece adequada a distinção terminológica apontada, seja pela natureza diversa dos direitos tutelados, seja também pelas importantes diferenças processuais que particularizam o processo iniciado por ação coletiva para proteção de direitos individuais homogêneos, em especial a pretensão de indenização pecuniária de lesões de massa e a prolação de sentença condenatória genérica, cuja completude e efetivação reclamam, como regra, ajuizamento de demandas individuais pelos lesados.

Impende ainda observar que, como leciona Sérgio Shimura, a classificação do direito como individual ou transindividual depende da causa de pedir e do pedido deduzido em juízo. Importa, assim, verificar o fato jurídico alegado e suas consequências jurídicas, bem como a tutela jurisdicional adequada.¹⁶² Na mesma linha, Kazuo Watanabe também frisa que a

aumento massivo das ações individuais em tramitação junto ao Poder Judiciário brasileiro – dentre elas as ações de cumprimento de sentença decorrentes de condenações coletivas. Do ponto de vista hermenêutico, o modelo do art. 95 do CDC não é a única regra que estabelece o modo de ser de uma decisão condenatória em obrigação de pagar; pelo contrário, a regra geral da sistemática processual civil brasileira é a das condenações líquidas, ou mesmo de definição de critérios mínimos a serem aplicados na fase de liquidação (art. 491 do CPC). O enunciado proposto destaca que a sugestão deva ser aplicada ‘sempre que possível’, ou seja, para aqueles casos em que a homogeneidade das pretensões individuais dos lesados permita a construção dos parâmetros comuns a serem fixados na condenação coletiva, restando aberta a via de aplicação do art. 95 do CDC para os casos em que houver menor homogeneidade das pretensões e, portanto, a condenação genérica se faz necessária. Assim, a proposta visa permitir um outro modelo possível de condenação em tema de direitos individuais homogêneos, sem extinguir o modelo do art. 95 do CDC.” (FERNANDES, Geraldo Og Nicéas Marques (coord. geral); MARQUES, Mauro Campbell (coord. cient.). *III Jornada de Direito Processual Civil*: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários: 2023, p. 66-67).

¹⁶² SHIMURA, Sérgio Seiji. *Tutela coletiva: e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

identificação da espécie de direito coletivo em sentido amplo a ser objeto de tutela depende do pedido e da causa de pedir da demanda ajuizada. E não raro se constata confusões em julgados das cortes superiores acerca dessa identificação.¹⁶³

Por fim, quadra referir proposta de Edilson Vitorelli acerca dos litígios coletivos, notadamente para a delimitação de situações conflituosas merecedoras de tutela jurisdicional coletiva. Segundo o autor, a classificação dos direitos coletivos *lato sensu* em difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, apresentada no art. 81 do CDC, sem embargo de sua importância histórica, não é suficiente para abarcar a complexidade da realidade, porquanto existem muitas situações reais que obviamente reclamam tutela jurisdicional coletiva, mas não se encaixam bem em nenhuma dessas três classes legalmente definidas. Segundo Vitorelli, a observação dos litígios coletivos – isto é, das situações conflituosas cuja solução, dadas suas características, exigem tutela adequada pela via coletiva – classificam-se em três espécies: a) litígios globais, que atingem a sociedade como um todo e nenhum indivíduo em particular; b) litígios locais, que alcançam com intensidade significativa os integrantes de uma comunidade coesa, como, por exemplo, uma etnia indígena ou um grupo de consumidores; e c) os litígios irradiados, em que a lesão toca de forma desigual subgrupos sociais, como sucede com os litígios estruturais.¹⁶⁴

Muito embora se reconheça, na esteira do pensamento de Vitorelli, certa limitação nas definições legais de direitos coletivos em sentido amplo hoje oferecidas pelo CDC, fato é que se trata de direito vigente e válido. Portanto, parece que o melhor caminho para o aprimoramento da tutela coletiva passa pela interpretação dessas regras postas, caminho que se busca trilhar neste trabalho.

¹⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 805.

¹⁶⁴ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 269-323.

3.2.2 Direito social dependente de modificação em política pública: plúrimos titulares indeterminados e objeto juridicamente indivisível

Parte da doutrina compreende que os direitos sociais, a depender das circunstâncias do caso ou mesmo da perspectiva ou forma de abordagem, podem assumir feições diferentes e, com isso, ter titularidade simultaneamente transindividual e individual.¹⁶⁵ No presente trabalho, como já se sinalizou, defende-se que a diferenciação deve ser feita essencialmente a partir da necessidade ou não de alteração da política pública estabelecida para a efetivação do direito.

Assim, na linha do exposto na subseção anterior, propugna-se que, se a demanda ajuizada veicular causa de pedir na qual se invoca direito à alteração de determinada política pública e corresponde pedido dirigido à tal modificação, pode-se concluir tratar-se da discussão de direito transindividual, com plúrima e indeterminada titularidade e objeto indivisível por imposição do direito, consoante se busca demonstrar nesta subseção.

Vale de início deixar claro não se entender aqui que um mesmo direito social subjetivo invocado possa ter concreta e simultaneamente natureza individual e transindividual, pois isso contrariaria frontalmente o que se expôs na subseção precedente quanto aos conceitos e à distinção entre direitos individuais e transindividuais. Não é possível que o direito subjetivo alegado concretamente como parte da causa de pedir de certa demanda e cujo objeto (prestação) determina o pedido mediato nela formulado possa ser, ao mesmo tempo, individual (com titular(es) determinado(s) e objeto divisível) e transindividual (com titulares indeterminados e objeto indivisível), pois se cuida de duas categorias subjetiva e objetivamente diversas, como se procurou assentar na subseção anterior.

Antes, o que se quer expressar nesta subseção é que um mesmo direito social normativamente previsto – como o direito à saúde pública, o direito à educação infantil pública etc. – pode, nos casos concretos levados a juízo, assumir, alternativamente, feição individual ou transindividual, o que se define pela presença ou não em cada caso da necessidade de modificação da correspondente política pública.

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 17, n. 60, abr./jun. 2016.

A tutela individual é cabível se tal alteração não se faz necessária, pois o desenho jurídico da política já obriga o Estado a prestação definida, de maneira que seu descumprimento reclama socorro jurisdicional em favor da pessoa prejudicada. Nessa hipótese, há claramente um direito subjetivo do indivíduo cujo objeto consiste na prestação prevista na política pública. Não cumprida essa prestação, pode o indivíduo pleiteá-la judicialmente. A política pública aí remanesce intocada e igual para todos; apenas se impõe o cumprimento das normas correspondentes no caso concreto.

Diferentemente, se, para a tutela jurisdicional, é preciso criar ou de algum modo modificar certa política pública, é preciso remédio jurisdicional que, antes de tudo, resguarde tratamento isonômico a todos que tenham a mesma carência a ser suprida pela satisfação do direito social em discussão. Para isso, mostra-se eficaz o processo coletivo – como também, se for o caso, os processos objetivos, de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade –, pois a solução jurisdicional aí tem alcance geral mediante cumprimento, via de regra, diretamente pelo Poder Executivo, que deve passar oferecer dada prestação a todos. Não é que o indivíduo, em tal hipótese, não tenha direito. O ponto é que tal direito não é só dele, mas simultaneamente de todos que estão na mesma situação em face da política pública. O direito é sim também do indivíduo, mas coletivamente considerado. E a realização do direito só faz sentido aí em favor de todos.

Crê-se já se ter deixado patente o contrassenso de alterar política pública – por essência vocacionada ao atendimento uniforme da população toda ou de dado segmento seu – em benefício exclusivo de um indivíduo, realocando apenas em seu favor dinheiro público limitado. A criação ou modificação de política pública deve alcançar as pessoas em geral que tenham o direito que a política objetiva realizar, porquanto esta é, por definição mesmo, endereçada de modo indistinto a todo e qualquer cidadão que esteja ou venha a estar em determinada situação. Se tal situação reproduz o suporte fático da norma definidora de direito social com prestação delimitada a ser desempenhada pelo Estado, surge um direito subjetivo individual em favor da pessoa a quem tal prestação é devida. Por outro lado, se o direito social alegado só pode ser satisfeito com modificação da política governamentalmente delineada, esse direito assume traços característicos de um direito difuso: indeterminação de seus múltiplos titulares e objeto indivisível, o qual só pode ser satisfeito, de acordo com o direito, em benefício de todos.

Parece correta a crítica dirigida por Edilson Vitorelli aos conceitos legislados de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como exposto na subseção anterior. Para

o autor, a despeito da importância histórica das definições legais feitas no CDC, falta precisão aos conceitos delas extraídos, que são de difícil diferenciação e aplicação às situações concretas. Realmente, sem embargo do avanço operado pelo CDC em prol da efetivação jurisdicional coletiva de direitos, é forçoso reconhecer tanto a confusão quanto a insuficiência das definições desses direitos ali empreendidas, mormente em face das variadas situações concretas merecedoras de tratamento coletivo.¹⁶⁶ Nesse sentido, Kazuo Watanabe, após salientar que a identificação da espécie de direito coletivo em sentido amplo a ser objeto de tutela depende do pedido e da causa de pedir da demanda ajuizada, refere-se a comuns confusões em julgados das cortes superiores acerca dessa identificação.¹⁶⁷

Nada obstante, partindo-se da definição positivada de que difusos são os direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, parágrafo único, I, do CDC), enquadra-se perfeitamente nos limites do respectivo conceito o direito à alteração de política pública ou, dito de outro modo, o direito social cuja satisfação implica modificação da correspondente política pública.

De fato, como explicado, políticas públicas voltadas à concretização de direitos sociais direcionam-se, por definição, a beneficiários indeterminados, ou seja, à coletividade em geral ou a segmentos sociais compostos por todos aqueles que se encontrem ou venham a encontrar-se em situação concreta correspondente à hipótese normativamente prevista para a realização da prestação objeto do direito. Portanto, cuida-se aí de direito com titularidade múltipla e indeterminada. Além disso, o objeto de tal direito é indivisível, não em termos de possibilidade física ou fática, mas por imposição jurídica: as políticas públicas, como explicado, são concebidas juridicamente de maneira a conferirem tratamento isonômico, ou seja, para contemplarem igualmente todos aqueles que se enquadrarem nas hipóteses previstas no arcabouço normativo de cada política.

Logo, o objeto do direito nesses casos está impregnado, por assim dizer, de indivisibilidade jurídica. Não se trata de uma indivisibilidade fática, isto é, imposta pelo mundo físico, de tal modo que seja impossível fisicamente satisfazer o direito alegado senão para todos os seus titulares e, da mesma sorte, só se possa violá-lo contra todos. Antes, cuida-se de

¹⁶⁶ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, pp. 42-45.

¹⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 805.

indivisibilidade imposta pelo ordenamento jurídico, decorrente da lógica ou racionalidade por este estabelecida para as políticas públicas concretizadoras de direitos sociais – os quais, lembre-se novamente, gravitam em torno do princípio da igualdade.

Quer dizer, não é juridicamente admissível ou sustentável o estabelecimento de uma política pública geral em favor dos titulares de dado direito social concomitantemente à implantação de política pública particularizada e superior em benefício de um ou poucos titulares do mesmo direito que estejam em idêntica condição comparativamente com os demais, preteridos. Isso feriria de morte a racionalidade jurídica dessas políticas públicas, como exposto na seção precedente, primordialmente no tocante à necessária observância de tratamento isonômico. Mas isso é justo o que se pode observar todos os dias em processos judiciais individuais referentes a políticas sanitárias e educacionais, por exemplo, em que provimentos jurisdicionais determinam ao ente federado demandado que realize em favor do demandante prestação singularizada não disponível aos demais titulares do direito social beneficiários da política em idêntica situação.

Em outras palavras, a indivisibilidade jurídica dos direitos sociais com tal perfil expressa um dever-ser no sentido de que a estruturação das políticas públicas – estruturadas para que o objeto de tais direitos seja satisfeito – tem que atender a seus titulares com respeito à igualdade. E se assim deve ser o estabelecimento dessas políticas, segue-se que também deve sê-lo sua alteração. Portanto, as previsões e modificações de prestações estatais nesse campo devem contemplar isonomicamente os titulares do direito que estejam em igual condição. É óbvio que as circunstâncias e peculiaridades que diferenciam um caso de outro devem ser levadas em conta na boa formulação e correção da política pública, mas isso em favor da coletividade, e não singularizando certo beneficiário sem critério algum que justifique seu tratamento privilegiado em detrimento dos demais.

Conforme assinalado na subseção anterior, a doutrina define direito difuso a partir de dois critérios, um subjetivo: seus titulares múltiplos e indeterminados – sem relação jurídica base entre si ou com a parte contrária –, e um objetivo: sua prestação indivisível.¹⁶⁸ Como

¹⁶⁸ Cf., p. ex., ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 35-38, 145-147 e 153-154; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 801; e MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de processo*, RT, São Paulo, v. 39, pp. 55-77, jul.-set. 1985. *E-book*, n.p.

também exposto, a compreensão doutrinária segue a interpretação da definição legal de que difusos são os direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, parágrafo único, I, do CDC). Como se vê, o texto normativo permite sem grandes esforços o enquadramento no conceito dele extraível do direito à alteração de política pública, como se tem buscado estabelecer.

De fato, consoante se espera ter demonstrado, a criação ou modificação de política pública volta-se ao atendimento de titulares atuais e futuros indeterminados do direito social a ser concretizado (titulares múltiplos e indeterminados). E sua realização, não por imperativo fático, senão por imposição jurídica, é indivisível, porquanto o direito objetivo impõe que a invocação de direito à alteração de política pública seja apreciada em vista do atendimento ou não de todos os titulares beneficiários da política. A prestação objeto de um tal direito não pode, por razões jurídicas, ser satisfeito ou não judicialmente senão em favor ou desfavor de todos os seus indeterminados titulares.

A definição legal apresentada no CDC não exige indivisibilidade fática ou física para que um direito possa ser qualificado como difuso. Ela admite perfeitamente a noção exposta de indivisibilidade jurídica, a qual, sem desviar-se do texto normativo, permite tratamento jurisdicional adequado dos litígios envolvendo alegação de direito com tais características, em respeito ao princípio da igualdade e resguardo da racionalidade não apenas das políticas públicas e dos direitos com elas visados, como também da própria prestação jurisdicional.

Portanto, conclui-se que o direito à alteração de política pública nos termos expostos – para, por exemplo, nela incluir dada prestação estatal – constitui direito difuso, com titularidade múltipla e indeterminada e objeto indivisível, o qual não deve ser satisfeito ou restar insatisfeito senão igualmente em favor ou desfavor de todos os seus titulares que estejam em igual condição frente à política em questão. Olvidar tal indivisibilidade tem gerado resultados violadores do princípio constitucional da igualdade, bem como distorções e irracionalidade no orçamento público e nas políticas públicas, como se procurou mostrar na seção 2. (Vale adiantar que a argumentação apresentada nesta subseção tem relevância para a abordagem, na seção 5, da legitimidade para agir.)

3.3 AMPLITUDE EFICACIAL DOS PROVIMENTOS COLETIVOS: ALTERAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA EM FAVOR DE TODOS OS TITULARES DO DIREITO

Nesta subseção, objetiva-se demonstrar a aptidão da tutela jurisdicional coletiva para resolver litígios com os contornos versados neste trabalho de maneira abrangente, isto é, mediante modificação de determinada política pública para remediar ofensa a direito em benefício de todos os seus titulares, em observância ao princípio da igualdade que preside a lógica de concretização de direitos por intermédio de políticas públicas.

Decisões jurisdicionais têm aptidão para criação de efeitos jurídicos, à qual se denomina eficácia principal, direta, interna ou natural da decisão.¹⁶⁹ A depender da demanda aforada, tal eficácia pode dirigir-se à produção de cinco classes de efeitos: o declaratório, o constitutivo, o condenatório, o executivo e o mandamental. Eficácias e efeitos não se confundem: a aptidão para emanar consequências jurídicas está contida na decisão, é-lhe interna ao conteúdo, ao passo que efeitos jurídicos são exteriores à decisão, pois “o efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz”.¹⁷⁰

Coisa julgada material, por seu turno, é algo diferente. É “a porta por onde a sentença se estende, ‘para fora’ da relação jurídica processual, posto que sem se separar dela”, e decorre da junção: “eficácia declarativa e força formal de coisa julgada (preclusão)”.¹⁷¹ Não prosperou a compreensão de que coisa julgada identifica-se com eficácia declarativa da sentença, pois esta eficácia surge ante do trânsito em julgado, sem o qual inexistente coisa julgada formal, pressuposto da material. Por isso, Enrico Tullio Liebman compreendia-a não como eficácia da sentença (consoante estava no art. 467 do CPC de 1973), mas sim como qualidade (ou, na dicção do art.

¹⁶⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2003.

¹⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: Variações sobre o tema. *Revista de processo*, São Paulo, v. 40, pp. 7-12, 1985, p. 8. Convém observar que da decisão judicial podem derivar ainda efeitos de diversa natureza, os quais independem de seu dispositivo e, por conseguinte, são inconfundíveis com os referidos efeitos internos. Trata-se dos chamados efeitos anexos da sentença, a esta justapostos por força direta da lei, sem influência alguma quanto ao perfil de eficácia que determina a classificação da sentença. A hipoteca judiciária é exemplo amiúde apresentado de efeito anexo da sentença, pois decorre diretamente de previsão legal (art. 495 do CPC) como consequência de sentença com condenação pecuniária. Relevar notar que a lei bem poderia suprimir a hipoteca judiciária, desanexando-a como efeito de tal sentença, a qual continuaria a ser igualmente condenatória, pois sua eficácia interna é preponderantemente condenatória independentemente de eventuais efeitos anexos legalmente previstos. Por outro lado, lembre-se haver também os denominados efeitos reflexos do provimento jurisdicional, que atingem a esfera jurídica não das partes, mas de terceiros presentes em relação jurídica subordinada por relação de prejudicialidade à relação jurídica judicialmente apreciada.

¹⁷¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, pp. 309 e 194, respectivamente.

502 do CPC de 2015, “autoridade”) que adere aos efeitos da sentença consistente em sua imutabilidade.¹⁷²

Essa concepção de coisa julgada certamente a explica melhor: coisa julgada não é eficácia nem efeito da sentença, mas qualidade que surge apenas depois, com o trânsito em julgado. Contudo, vale lembrar reparo de Ovídio Baptista no sentido de que essa imodificabilidade não adere a todos os efeitos produzidos pela sentença, mas apenas ao declaratório.¹⁷³ De fato, os demais efeitos da sentença são modificáveis mesmo após a coisa julgada material: o condenatório pode extinguir-se por remissão pelo credor; o constitutivo, por negócio jurídico entre as partes, entre outros exemplos que se poderia apresentar. Dessarte, coisa julgada material pode ser definida como a imutabilidade aderente ao efeito declaratório da sentença de mérito após seu trânsito em julgado, qualidade que pode ser excepcionalmente afastada na forma da lei (por exemplo, pela procedência em ação rescisória).

Esses conceitos essenciais de eficácias e efeitos da decisão jurisdicional e coisa julgada são iguais para qualquer processo, individual ou coletivo. Sucede que, em consonância com o princípio da instrumentalidade processual, com o escopo de amoldar as técnicas processuais consoante as características e necessidades do direito material, a lei disciplinou o processo coletivo em alguns pontos de maneira diversa em comparação com o processo individual. Um desses pontos refere-se à abrangência *erga omnes* dos efeitos da sentença e da coisa julgada.¹⁷⁴

Essa disciplina diferente impõe-se para a adequada tutela jurisdicional dos direitos submetidos a tutela coletiva. Cuida-se de decorrência do modo de ser desses direitos. Tratando-se de direitos essencialmente coletivos, isto é, transindividuais – para os quais o processo coletivo foi inicialmente concebido –, por seus titulares serem indeterminados e seu objeto, suscetível de satisfação ou não apenas em relação a todos aqueles conjuntamente, não haveria

¹⁷² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

¹⁷³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2003.

¹⁷⁴ O art. 16 da LACP dispõe que julgamento de improcedência fundamentado na insuficiência da prova produzida não faz coisa julgada. Essa exceção é explicada pelo fato de o direito transindividual não encontrar seu titular no autor da ação civil pública, um substituto processual. Assim, se este for desidioso ou mesmo atuar de má-fé na instrução probatória do processo coletivo, isso não pode ser considerado em prejuízo dos titulares do direito transindividual. Percebe-se, pois, que, em se tratando de direitos transindividuais, a coisa julgada coletiva tem não apenas limites subjetivos, mas também pressupostos diferentes da coisa julgada formada em processo individual, a qual, como regra, no que respeita a seus pressupostos, reveste provimentos jurisdicionais de mérito, sejam de procedência ou improcedência, suportados por cognição exauriente e não mais recorríveis (art. 502 do CPC); e, quanto a sua abrangência subjetiva, limita-se às partes (art. 506 do CPC).

sentido em circunscrever os efeitos do provimento jurisdicional e, por consequência, a coisa julgada a sujeitos determinados.¹⁷⁵ De nada adiantaria julgamento, nesse caso, que alcançasse somente as partes da relação processual. É óbvio que, ao menos como regra, devem também ser alcançados os titulares do direito pleiteado em substituição processual, assim como outros colegitimados extraordinários.¹⁷⁶

Extrai-se essa peculiar disciplina do microsistema processual coletivo: num primeiro momento, com a Lei 4.717/65,¹⁷⁷ para a ação popular; depois, também com o art. 16 da Lei 7.347/85,¹⁷⁸ para a ação civil pública; e, por fim, com o CDC, que em seus arts. 103 e 104 conferiu maior detalhamento a tal disciplina, tratando também da coisa julgada em ação coletiva, introduzida pelo Código para proteção de direitos individuais homogêneos em juízo.¹⁷⁹

De resto, convém atentar para que, primariamente, os efeitos do provimento jurisdicional coletivo é que são *erga omnes* e apenas por consequência o é a coisa julgada. Como a coisa julgada é qualidade (imutabilidade) aderente ao efeito declaratório de decisão de mérito irrecorrível, se tal efeito opera *erga omnes*, a coisa julgada que se lhe adere igualmente o fará.¹⁸⁰

¹⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁷⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁷⁷ “Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘*erga omnes*’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

¹⁷⁸ Segue a redação original do art. 16, em vigor por força do efeito repristinatório determinado expressamente no julgamento do Recurso Extraordinário 1101937 pelo STF, como explicado na subseção 3.3.2, abaixo: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

¹⁷⁹ O CDC utiliza as designações latinas *erga omnes* e *ultra partes* aparentemente para expressar referentes diversos. É, contudo, a distinção despicienda, uma vez que ambas exprimem o mesmo sentido: a coisa julgada vincula, além das partes da relação processual, os outros colegitimados extraordinários, bem como, o que é mais relevante, os titulares do direito processualmente substituídos. Além disso, vale observar que, na ação coletiva para proteção de direitos individuais homogêneos, são um pouco diversos os pressupostos de formação da coisa julgada: o art. 103, III, do CDC prevê o surgimento de coisa julgada (*erga omnes*) somente para a sentença de procedência. Na improcedência com prova suficiente – que é acobertada pela coisa julgada na ação civil pública (em que se busca proteger direitos transindividuais) –, não há formação de coisa julgada material. Seja como for, trata-se de opção legislativa sem grande repercussão prática. Registre-se, por derradeiro, que o caráter *erga omnes* da coisa julgada em caso de procedência em ação coletiva é corolário da lógica que sustenta e preside o cabimento de processo coletivo para direitos individuais homogêneos: dar resolução molecularizada a conflitos de massa, evitando a multiplicação de sua discussão judicial atomizada, ampliando-se, com isso, o acesso à justiça, a isonomia e a eficiência e economia processuais.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

3.3.1 Art. 16 da Lei 7.347/85, com redação atribuída pela Lei 9.494/1997: sentença coletiva produz efeitos apenas “nos limites da competência territorial do órgão prolator”?

Como exposto, seja por imperativo lógico extraído da própria essência dos direitos transindividuais, cujos titulares são indeterminados e o objeto, indivisível, seja por decorrência da razão de admitir-se processo coletivo para proteção de direitos individuais homogêneos – relembre-se: viabilizar solução molecularizada de conflitos massificados –, a eficácia da sentença coletiva e sua coisa julgada devem atuar *erga omnes*, notadamente em julgamentos de procedência.

Sucedem que o texto do art. 16 da Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, sofreu modificação pela Medida Provisória 1.570, de março de 1997, a qual, após reedições, acabou convertida na Lei 9.494/1997, de sorte que aquele artigo passou a vigor com fraseado preordenado a restringir espacialmente os efeitos da sentença coletiva aos “limites da competência territorial do órgão prolator”.¹⁸¹

Provavelmente poucas normas jurídicas sofreram críticas tão veementes e em tal quantidade quanto a trazida por esse dispositivo modificado. Os problemas suscitados pela nova redação eram de tamanha gravidade que a doutrina principiou por questionar a própria vigência do artigo: Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery propugnaram que, na redação primeira, ele já fora revogado pelo art. 103 do CDC, em que se veiculou normatização completa do instituto da coisa julgada em processos coletivos. Assim, como o artigo já não mais tinha vigência quando da alteração legislativa pretensamente promovida em 1997, alteração nenhuma houve em realidade, pois o dispositivo já não mais subsistia no ordenamento.¹⁸²

Esse argumento, no entanto, parece ser contornado pela regra do § 3º do art. 2º do Decreto-Lei 4.657/1942 (a velha LICC, agora LINDB), que, embora não admita reprivatização tácita (revigoração da lei revogada pela revogação da lei revogadora), ressalva a possibilidade de reprivatização expressa pela lei nova: “[s]alvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”. Por isso, mesmo que o dispositivo já

¹⁸¹ Eis a redação após a alteração: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

¹⁸² NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 1473 e 1475.

estivesse revogado quando da edição da Medida Provisória 1.570-5/1997, como esta tratou expressamente de dar-lhe nova redação, parece não ser caso de negar-lhe vigência.

Outro argumento contrário à incidência do art. 16 com a redação alterada refere-se à sua inocuidade ou ineficácia em razão da manutenção da redação do art. 103 do CDC, o qual, cuidando do mesmo tema, não apresenta limitação análoga àquela incorporada ao preceito em questão e se aplica a processos inaugurados por ação civil pública *ex vi* do art. 21 da Lei 7.347/85.¹⁸³ Essa linha argumentativa, todavia, pode ser rechaçada pelo critério cronológico de solução de antinomias aparentes: o art. 103 do referido Código é do ano de 1990, enquanto a mudança do art. 16 da Lei 7.347/85 ocorreu posteriormente, em 1997. Assim, pelo menos no que tange aos direitos transindividuais, pode-se sustentar que a lei nova (redação dada ao art. 16 da Lei 7.347/85) revogou tácita e parcialmente a anterior (art. 103 do CDC).¹⁸⁴

A seu turno, a tese da inconstitucionalidade da nova redação do artigo logo surgiu e arrefeceu. Não é que carecesse de robustez. Ao contrário, a ação civil pública, estruturada como instrumento de eficácia ampla em 1985, na Lei 7.347, apropriado à defesa de direitos transindividuais, ganhou previsão em 1988 no texto constitucional como garantia fundamental.¹⁸⁵ E é inegável que a locução “ação civil pública” empregada na Constituição deve evocar a essência e razão de ser do instituto, o que certamente abarca a eficácia ampla do provimento jurisdicional respectivo, com abrangência *erga omnes*, que não poderia ser restringida pela legislação infraconstitucional senão em indevida desnaturação redutiva da garantia fundamental consagrada constitucionalmente, afrontando-se, com isso, o princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Nada obstante a força dessa argumentação pela inconstitucionalidade da desfiguração de característica essencial da garantia constitucional, fato é que o STF, menos de um mês após a

¹⁸³ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 1474-1475; e DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 4, pp. 159-166.

¹⁸⁴ Seja como for, a mudança apenas do art. 16 da Lei 7.347/85, sem alteração análoga no art. 18 da Lei 4.717/65, regra especial para a ação popular, gerou sem dúvida disfunção sistêmica. É perfeitamente possível que ação popular tenha causa de pedir e pedido iguais aos de ação civil pública (por exemplo, para proteção do patrimônio público), caso em que a sentença desta sofreria a restrição espacial e a daquela, não, o que repugna a lógica do sistema e o bom senso (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 276 e 561-563).

¹⁸⁵ “Art. 129. 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”.

mudança legislativa, ainda em 1997, negou, em ação direta de inconstitucionalidade, liminar suspensiva de sua eficácia.¹⁸⁶ Acompanhando o Relator, o Tribunal fundamentou em somente um parágrafo a negativa de liminar no argumento de que a redação original do art. 16 da 7.347/85, sistematicamente interpretada, já restringia os efeitos do provimento ao território de competência do juízo prolator. Dessarte, a alteração redacional teria sido tão somente pedagógica. A confusão em que na oportunidade recaiu a Corte identifica-se com a que está na raiz da modificação legislativa: baralharam-se institutos inconfundíveis, a saber, efeitos da sentença e competência territorial.¹⁸⁷ Em face desse julgamento, a doutrina deparou com a tarefa espinhosa de alvitrar interpretação adequada ao artigo.

O primeiro embaraço nessa tarefa é encontrado na literalidade do dispositivo legal, que, em vez de referir-se aos efeitos da sentença, mira a coisa julgada. É óbvio ululante que a regra em questão não deve conduzir à absurda conclusão de que a imutabilidade cinge-se à circunscrição territorial de competência do órgão jurisdicional, como se o comando sentencial pudesse ser modificado fora daí. Ora, se a sentença for modificável em outros foros para além daquele do juízo do processo, simplesmente não há coisa julgada alguma. Fica então claro que, em verdade, a despeito da atecnia, o que se objetivou com a mudança legislativa foi restringir no espaço os efeitos da sentença.¹⁸⁸

Mas essa conclusão apenas substitui um absurdo evidente à primeira vista por outro não menos evidente após rápida reflexão. Com efeito, toda e qualquer sentença, em processo individual ou coletivo, produz efeitos operantes no país todo. Um provimento jurisdicional de divórcio torna os ex-consortes divorciados no Brasil inteiro,¹⁸⁹ a decretação judicial de invalidade de certo contrato importa no reconhecimento de sua nulidade no território brasileiro

¹⁸⁶ STF, Pleno, ADI 1576 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 16/4/97, DJ 6/6/03, p. 29.

¹⁸⁷ Como se verá, a compreensão pela inconstitucionalidade, embora enfraquecida, não restou sepultada, até porque, na sequência do julgamento quanto à liminar, o processo objetivo foi extinto sem apreciação de mérito, por ter perdido seu objeto. E a simples negativa de liminar não tem o condão de afirmar a constitucionalidade da regra objeto de ADI, pois calcada apenas na ausência de requisito para deferimento da liminar – por exemplo, falta de urgência ou inexistência de risco de dano grave. “A concessão da liminar em ação direta de inconstitucionalidade pressupõe a relevância do pedido, o risco de manter-se com plena eficácia o ato e a conveniência do deferimento considerados os valores em jogo” (STF, Plenário, ADI n. 1921 MC, Rel. Min. Marcos Aurélio, j. em 2/12/98, DJ 12/3/99, p. 2).

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 818.

¹⁸⁹ É impossível circunscrever a determinada área do território nacional os efeitos das decisões, “como se, v.g., a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado!” (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1475).

em sua totalidade, uma condenação pecuniária constitui título executivo na integralidade do território brasileiro etc.¹⁹⁰

O ponto fulcral para compreensão do problema que a interpretação do art. 16 da 7.347/85 oferece está no seguinte: efeitos da sentença (e coisa julgada) não têm implicação recíproca alguma com competência territorial. Daí os resultados absurdos a que a interpretação e aplicação apressadas do dispositivo poderiam conduzir, em contradição com os mais evidentes fundamentos da tutela jurisdicional coletiva.¹⁹¹ Como sublinhou Rodolfo de Camargo Mancuso:

No presente estágio evolutivo da jurisdição *coletiva* em nosso País, impende compreender que o comando judicial daí derivado precisa atuar de modo *uniforme e unitário* por toda a extensão e compreensão do interesse metaindividual objetivado na ação, porque de outro modo esse diferenciado regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial *em sua dimensão coletiva*, reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais, assim atomizando e desfigurando o conflito coletivo.¹⁹²

Com efeito, a interpretação e aplicação irrefletidas do dispositivo legal poderiam tornar a sentença completamente inútil, como no caso, por exemplo, de determinação judicial de medidas voltadas à despoluição de certo rio interestadual, as quais obviamente precisam alcançar todas as partes poluídas do rio, visto que, do contrário, não teriam efeito efetivo algum.

Por outro lado, a interpretação literal do preceito pode também conduzir a outra perplexidade a que se refere Marcelo Abelha Rodrigues:

Não menos esdrúxulo é o inusitado fato de que a nova redação do art. 16 (coisa julgada nos limites da competência territorial) criou uma novel relação entre degrau jurisdicional e abrangência do julgado, qual seja, fez com que o réu na ACP que saiu vencido em primeiro grau de jurisdição seja estimulado a não recorrer, para evitar que uma decisão substitutiva da sentença proferida no tribunal tenha uma abrangência maior, que, portanto, lhe seja mais prejudicial, caso seja confirmada a sentença. Enfim, a cada degrau que se sobe em nível recursal ter-se-á um aumento dos limites subjetivos do julgado, já que aumentará o alcance territorial da competência do órgão prolator.¹⁹³

¹⁹⁰ Tanto assim é que o título pode ser objeto de execução em foro diverso daquele em que proferida a decisão, como aquele em que se encontram bens do executado para expropriação ou o do domicílio atual deste (art. 516, parágrafo único, do CPC).

¹⁹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 276-277; GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 939; e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 310.

¹⁹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 300.

¹⁹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, pp. 271-272. José dos Santos Carvalho Filho, buscando contornar esse estranhíssimo fenômeno processual, advogou que se deveria considerar apenas a competência territorial do juiz de primeira

Como adiantado, o busílis está no disparatado vínculo que se pretendeu estabelecer no preceptivo legal entre institutos jurídicos de todos distintos: buscou-se atar os efeitos da sentença coletiva – ou, consoante constou do texto, a coisa julgada coletiva – à competência territorial para o processo coletivo. Competência territorial de um juízo, como é cediço, é a parcela ou medida de exercício da jurisdição atribuída por lei ao órgão jurisdicional em dado espaço territorial. Trata-se de organização espacial do exercício da jurisdição, com base em critérios legais previamente definidos. É matéria estranha à disciplina normativa dos efeitos do provimento jurisdicional e da coisa julgada.

Os efeitos das decisões jurisdicionais irradiam pelo território nacional todo, pois constituem emanção da soberania exercida pelo Estado. A soberania é una e a jurisdição, por ser uma expressão daquela, é igualmente una. O exercício jurisdicional é fracionado no espaço por razões práticas e organizacionais – muito embora isso sirva também àquilo a que se presta toda delimitação de competência estatal, a saber, a limitação do poder. Todos e cada um dos órgãos jurisdicionais, entretanto, exercem igualmente jurisdição. Donde se conclui que o provimento jurisdicional tem eficácia no território brasileiro como um todo.¹⁹⁴

Enfim, a abrangência eficaz da decisão jurisdicional condiciona-se ao objeto litigioso do processo – dado pelo pedido ou, mais precisamente, pelo pedido qualificado pela causa de pedir – e ao sentido do julgamento, sem dependência alguma em relação à circunscrição territorial do juízo. As pessoas alcançadas são as que participam da relação jurídica de direito material discutida.

3.3.2 Acomodação pela doutrina do art. 16 da Lei 7.347/85 no subsistema processual coletivo e julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário n. 1.101.937 em abril de 2021

Vários processualistas propuseram interpretação para o art. 16 da Lei 7.347/85 em sua redação alterada, buscando adequá-lo aos fundamentos da tutela jurisdicional coletiva ou, ao

instância, porquanto os tribunais, ao julgarem recurso, substituem a sentença por seu acórdão (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo* (Lei 7.347, de 24/7/85). 6. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007). Para completar a confusão, encontra-se, em sentido diametralmente oposto, julgado do STJ afirmando que a “eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário” (STJ, 4ª T, REsp 293407/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, Rel. para o acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 22/10/02, DJ 7/4/03, p. 290).

¹⁹⁴ Como se sabe, decisão brasileira pode até gerar efeitos no estrangeiro, mediante requisitos previstos na *lex fori*.

menos, minorar os prejuízos que dele poderiam decorrer para tal tutela. Teori Albino Zavascki, por exemplo, sustentou, com amparo nos critérios hermenêuticos histórico e sistemático, a aplicação do artigo tão somente às ações coletivas, isto é, aos processos em que se discutem direitos individuais homogêneos, e não às ações civis públicas (em defesa de direitos transindividuais). Para tanto, levou em conta que a Lei 9.494/97, cujo art. 2º modificou o dispositivo em exame, estabeleceu, em seu art. 2º-A, similar restrição territorial aplicável apenas às ações coletivas.¹⁹⁵

Essa interpretação, no entanto, esbarra em alguns obstáculos. Em primeiro lugar, a redação alterada do art. 16 da Lei 7.347/85 não faz nem sequer alusão a direitos individuais homogêneos ou a ação coletiva. Depois, como se viu, a Lei 7.347/85 surgiu para proteção de direitos transindividuais; só com o microsistema processual coletivo passou a aplicar-se também a direitos individuais homogêneos. Ademais, o art. 2º-A da Lei 9.494/1997, referente apenas a ações coletivas, nem mesmo estava presente na redação original dessa Lei; foi adicionado apenas em 1999 pela Medida Provisória 1.798-1.¹⁹⁶ Todavia, foi a redação original da Lei 9.494/1997 que, resultante da conversão de Medida Provisória, consolidou a modificação do art. 16 da Lei 7.347/85, pelo que não parece pertinente a invocação dos critérios histórico e sistemático para interpretá-lo como direcionado à ação coletiva somente. Além disso, é de ver que a Lei 9.494/1997 introduziu limitações de vária ordem aos provimentos jurisdicionais contra o Poder Público, não se limitando às ações coletivas.

Preconizando tese inversa comparativamente à de Teori Albino Zavascki, Ada Pellegrini Grinover sustentava que o art. 16 da Lei 7.347/85 aplica-se apenas a direitos difusos, porque só para estes se estabelece a amplitude *erga omnes* do provimento com exceção da improcedência por insuficiência de provas, na forma do art. 103, I, do CDC. Ou seja, da interpretação conjunta de ambos os dispositivos se tira a conclusão de que o primeiro, com sua limitação territorial, abarca somente direitos difusos e, no máximo, coletivos em sentido estrito; jamais individuais homogêneos, cuja disciplina, no particular, é diversa, nos termos do art. 103, III, do CDC, segundo o qual tão somente a procedência rende ensejo à formação da coisa julgada. Quer dizer, como o art. 16 da Lei 7.347/85 traz como exceção ao regime *erga omnes* a improcedência por falta de provas, sua incidência é impertinente com relação aos direitos

¹⁹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 66-67.

¹⁹⁶ A MP 1.798-1/99 foi reeditada com pouquíssimas alterações de redação até a MP 2.180-35/01, ainda vigente por força do art. 2º da EC 32/01.

individuais homogêneos. Quanto a estes últimos, vale a regra especial do art. 103, III, do CDC.¹⁹⁷

Sem embargo da perfeição formal desse raciocínio, a partir da comparação entre o art. 16 da Lei 7.347/85 e o art. 103 do CDC, podem-se dirigir-lhe fundadas críticas. Primeiro, os dois diplomas normativos formam, como exposto, o núcleo do microsistema processual coletivo, no qual o regime de eficácia decisória abrangente constitui ponto fulcral, pelo que, sem incompatibilidade manifesta presente – não vislumbrada no particular –, inexistente motivo para particularizar tal regime somente para os direitos individuais homogêneo. Em segundo lugar, e mais importante, não há razão alguma lógica, teleológica, sistemática ou histórica para retirarem-se os direitos acidentalmente coletivos, individuais homogêneos, da seara de aplicação da regra restritiva do art. 16 da Lei 7.347/85 e manterem-se aí os direitos essencialmente coletivos, transindividuais, para os quais foi concebido o regime de eficácia abrangente, *erga omnes*, sem a qual, ante a natureza mesma desses direitos, é inviável sua adequada tutela.¹⁹⁸

A melhor interpretação, por ater-se aos limites do texto modificado do art. 16 da Lei 7.347/85 e, ao mesmo tempo, acomodá-lo perfeitamente ao microsistema e à teleologia da tutela jurisdicional coletiva, é oferecida por Hugo Nigro Mazzilli. Conforme o autor, como no microsistema processual coletivo a competência territorial é definida segundo o âmbito espacial do dano componente da causa de pedir (art. 2º da Lei 7.347/85¹⁹⁹, c.c. art. 93 do CDC²⁰⁰), depreende-se que essa competência corresponde inteiramente à abrangência do dano

¹⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pp. 940-941. No mesmo sentido: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, pp. 256-257; e LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 269-271. Essa compreensão foi adotada em julgamento do STJ (REsp 411529/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. em 24/06/2008), que foi, todavia, reformado pela Segunda Seção em embargos de divergência, restando aplicada a limitação territorial derivada de leitura literal do art. 16 da Lei 7.347/85 (EREsp 411529/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. em 10/3/2010).

¹⁹⁸ Para contornar essa incongruência, Ada Pellegrini Grinover e Marcelo Abelha Rodrigues propuseram, quanto aos direitos transindividuais, a exegese conjunta do art. 16 da Lei 7.347/85 com o art. 93 do CDC, na esteira da interpretação de Hugo Nigro Mazzilli, como se expõe a seguir.

¹⁹⁹ “Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.”

²⁰⁰ “Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.” Muito embora tal artigo se situe no capítulo destinado às ações coletivas, incide também analogicamente quanto às ações civis públicas, pois apenas detalha o que já está expresso no art. 2º da Lei 7.347/85 e sua lógica, pautada no âmbito do dano atual ou potencial, relaciona-se com a tutela coletiva como um todo. Tanto os direitos transindividuais quanto os individuais homogêneos podem indistintamente ser

e, com isso, resolvido está o problema: a eficácia da sentença e correspondente coisa julgada, ambas *erga omnes*, não se projetam senão sobre essa mesma área.²⁰¹

Em outros termos: o art. 2º da Lei 7.347/85 estabelece a competência territorial absoluta do foro correspondente ao lugar onde ocorrer o dano;²⁰² em complemento, o art. 93 do CDC minudencia que lugar é este segundo a dimensão espacial do dano atual ou potencial componente da causa de pedir, a partir do que é indicado o foro competente. Dessarte, dессome-se que, no direito processual coletivo, a competência territorial é comproporcionada à extensão total do dano, não se circunscrevendo, por obra do art. 93 do CDC, apenas ao perímetro do foro respectivo (comarca ou subseção judiciária, por exemplo). Logo, em observância à regra do art. 16 da Lei 7.347/85, os efeitos do provimento coletivo e a respectiva coisa julgada alcançam, igualmente, o dano em sua inteira abrangência espacial. Em suma, à área do dano corresponde a da competência, a qual, por sua vez, demarca a cobertura dos efeitos da decisão e da coisa julgada.

Em abono de tal interpretação, é de ver que, não fosse assim, a sistemática legal de distribuição de competência territorial na seara coletiva ficaria sem sentido. Com efeito, se, concomitantemente à atribuição de competência aos juízos das capitais dos estados para apreciação de dano nacional (como faz o art. 93, II, do CDC), os efeitos do provimento de um desses juízos ficasse restrito exclusivamente ao foro (circunscrição territorial) respectivo, o litígio com dano nacional restaria sem apreciação. Se assim fosse, o juízo da capital competente para tratar de dano nacional só poderia resolvê-lo em âmbito local, o que não faz sentido algum.

atingidos por danos de abrangência local, regional ou nacional, de modo que nada justificaria disciplinas diversas de competência territorial, o que impõe a aplicação analógica do art. 93 do CDC às ações civis públicas – até porque tal artigo, como dito, não faz senão minudenciar a regra do art. 2º da Lei 7.347/85. Nesse sentido, aplicando o art. 93 do CDC em caso de dano ambiental (envolvendo, portanto, direito difuso): STJ, 2T, REsp 1018214/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 2/6/2009. No julgamento do RE 1.101.937, a seguir explicado, o STF chancelou essa compreensão: “Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor)”. Por fim, apesar de o art. 93 do CDC iniciar-se com confuso fraseado – “[r]essalvada a competência da Justiça Federal”, como se nesta a competência não fosse também distribuída *ratione loci* –, tanto a jurisprudência quanto a doutrina têm compreendido que a regra tem plena aplicação também às demandas ajuizadas perante a Justiça Federal – cf. STJ, 2S, CC 28003/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 24/11/1999; STJ, 1S, CC 57558/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 12/09/2007; STJ, 2T, REsp 1018214/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 2/6/2009; e MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁰¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 562.

²⁰² A competência aí é definida obviamente *ratione loci*, mas, por querê-la absoluta, a lei chamou-a atecnicamente de funcional.

Como se vê, trata-se de interpretação racional, consistente e perfeitamente acomodada tanto ao texto legal quanto ao subsistema processual coletivo e aos fins da tutela coletiva – a qual, como visto, tem acento constitucional –, que oferece solução adequada aos problemas suscitados pelo multicitado art. 16.²⁰³

Não por outra razão, tal compreensão findou por ser acolhida pelo STJ. Não, porém, de maneira pronta e linear: inicialmente, o Tribunal inclinou-se pela interpretação literal e assistemática do artigo em comento, indistintamente em relação a direitos transindividuais e individuais homogêneos.²⁰⁴ Apenas no fim de 2011, em julgamento de recurso especial repetitivo em que se discutiam direitos individuais homogêneos, a Corte Especial passou a adotar a interpretação ora explicada,²⁰⁵ reafirmando-a em 2016 em acórdão²⁰⁶ aclarado em julgamento de embargos de declaração no qual a Corte explicitou não ter havido “declaração

²⁰³ Em igual sentido, reputando inócua a modificação desse artigo, cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 300. Da mesma forma, quanto aos direitos transindividuais – pois consideravam o artigo inaplicável aos individuais homogêneos, como exposto acima –, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pp. 941-943; e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, pp. 272-273.

²⁰⁴ Cf. 3T, AgRg no REsp 1105214/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 5/4/2011, DJe 8/4/2011; 2S, EREsp 411529/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 10/3/2010, DJe 24/3/2010; 4T, AgRg no REsp 573868/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 15/10/2009, DJe 26/10/2009; 2S, EREsp 399357/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 9/9/2009, DJe 14/12/2009; Corte Especial, AgRg nos EREsp 253589/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 4/6/2008, DJe 1º/7/2008; 4T, AgRg no REsp 167079/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 19/3/2009, DJe 30/3/2009; Corte Especial, EREsp 293407/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 7/6/2006, DJ 1º/8/2006, p. 327; Corte Especial, AgRg nos EREsp 253589/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 4/6/2008, DJe 1º/7/2008; e 2S, EREsp 399357/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 9/9/2009, DJe 14/12/2009.

²⁰⁵ REsp 1243887/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 19/10/2011. A despeito de o caso referir-se a direitos individuais homogêneos (de poupadores contra instituição financeira em busca de pagamento dos denominados expurgos inflacionários), a interpretação conferida ao art. 16 da Lei 7.347/85 não ficou adstrita a essa espécie de direitos; antes, foi formulada em relação ao dispositivo em si, aplicável aos processos coletivos em geral. Seja como for, sem dúvida se poderia alegar, já que o precedente foi proferido para litígio envolvendo direitos individuais homogêneos, sua inaplicabilidade a direitos transindividuais, não constituindo as referências a estes e aos processos coletivos em geral senão *obiter dicta*. Ou seja, poder-se-ia sustentar que a *ratio decidendi* não abarcou os direitos transindividuais. Aliás, a literalidade da ementa do julgado, que dispõe sobre a “liquidação e a execução individual de sentença genérica”, remete claramente aos direitos individuais homogêneos, o que serve de argumento em favor dessa tese restritiva. Sucede que há precedentes posteriores do Tribunal, especificamente sobre direitos transindividuais, com idêntica interpretação: 4T, REsp 1349188/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 10/5/2016, DJe 22/6/2016; e 3T, REsp 1315822/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 24/3/2015, DJe 16/4/2015. Contudo, é de reconhecer, também sobrevieram precedentes interpretando o referido art. 16 tendo como base a ideia de foro, e não de abrangência do dano (p. ex.: 1T, AgInt nos EDcl no REsp 1473820/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 21/3/2019, DJe 28/3/2019).

²⁰⁶ EREsp 1134957/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, j. em 24/10/2016, DJe 30/11/2016. Tratava-se de ação coletiva para revisão de contratos do Sistema Financeiro Habitacional, valendo quanto a esse precedente, pois, em linhas gerais, as observações da nota anterior.

de inconstitucionalidade, tampouco o afastamento do art. 16 da Lei 7.347/85, mas tão somente a interpretação do direito infraconstitucional”.²⁰⁷

Contra esse último julgamento, interpôs-se recurso extraordinário. Com isso, em abril de 2021, 24 anos depois da alteração legislativa, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 1.101.937, resolveu esse que era um dos mais relevantes problemas do direito processual coletivo, a questão do alcance dos efeitos do provimento jurisdicional. O Tribunal reconheceu, em controle de constitucionalidade difuso e concreto, a incompatibilidade do art. 16 da Lei 7.347/85 com a Constituição, o que resultou na fixação desta tese:

I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original.

II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.²⁰⁸

Os parâmetros de controle invocados pelo STF para o juízo de inconstitucionalidade firmado foram as normas constitucionais que preveem instrumentos de tutela jurisdicional coletiva (ação civil pública e mandado de segurança coletivo, por exemplo), como também os princípios da efetividade da tutela jurisdicional, do acesso à justiça, da eficiência, da igualdade e da segurança jurídica. Não deixaram de ser notadas no julgamento a atecnia cometida na alteração do art. 16, consistente na confusão entre efeitos da sentença e coisa julgada, as principais observações doutrinárias sobre os problemas suscitados pelo preceito e possíveis soluções interpretativas, inclusive as tecidas por Hugo Nigro Mazzili, bem como a jurisprudência formada no STJ com espeque nas lições da doutrina. É de reconhecer, pois, a partir da leitura desse acórdão do STF, que a solução adotada levou em consideração o estado da arte relativamente à questão em apreciação.

Cumpre neste passo fazer uma observação. Na tese fixada, reputou-se “inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original”. Como se vê, o STF afirmou ter operado a ripristinação da

²⁰⁷ Corte Especial, EDcl nos EREsp 1134957/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 17/5/2017, DJe 6/6/2017.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1101937, Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 08/04/2021, publicado em DJe-113 em 14/06/2021. A inconstitucionalidade foi reconhecida por maioria, vencido somente o Ministro Marco Aurélio, que guardou coerência com a posição que adotara em 1997 quando da negativa de medida liminar como Relator da indigitada ADI apresentada contra o dispositivo. O Ministro Edson Fachin, por seu turno, reconheceu com a maioria a inconstitucionalidade, mas divergiu em relação aos itens 2 e 3 da tese fixada por entender que seu conteúdo desbordava a repercussão geral reconhecida.

redação inicial do dispositivo. Não se trata de repristinação propriamente dita, determinável expressamente por lei (art. 2º, § 3º, da LINDB), mas de efeito repristinatório decorrente do reconhecimento *ex tunc* da inconstitucionalidade. Esse efeito, porém, que pode ser afastado mediante a técnica de modulação, é próprio do controle concentrado (atribuído ao STF e aos Tribunais de Justiça) e abstrato de constitucionalidade, isto é, controle realizado em processo cujo objeto ou questão principal é a própria (in)constitucionalidade em abstrato do dispositivo legal impugnado, julgada *principaliter tantum* com efeitos *erga omnes* e vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição e das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999.

Em recursos extraordinários, como se sabe, o controle realizado é diferente: é difuso – pois o STF leva-o a efeito como o fazem os demais órgãos jurisdicionais – e concreto, pois se perfaz apenas como fundamento, *incidenter tantum*, para julgamento do caso concreto – a (in)constitucionalidade é questão incidental resolvida na fundamentação da decisão –, de sorte que o preceito tido por inconstitucional permanece vigente, eficaz e válido para outros casos.

Todavia, é conhecido o movimento há anos iniciado no STF no sentido daquilo que ficou conhecido como objetivação ou abstratização do controle difuso, que consiste na atribuição de eficácia *erga omnes* e vinculante ao resultado do controle de constitucionalidade difuso e concreto feito pelo Plenário da Corte. Essa compreensão surgiu com o expreso propósito de conferir efetividade ao princípio da força normativa da Constituição – que apontaria para a necessidade de observância das posições do STF assentadas sobre interpretação constitucional mesmo fora do controle concentrado e abstrato – e foi, segundo os defensores da tese, reforçada com a instituição da repercussão geral pela Emenda Constitucional 45/2004. Com isso, o art. 52, X, da Constituição – que prevê a competência do Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional em controle difuso e concreto pelo STF²⁰⁹ – teria sofrido mutação constitucional, de tal modo que a resolução editada pelo Senado com base nesse dispositivo teria apenas a finalidade de publicizar a decisão do STF, já dotada de eficácia vinculante contra todos.²¹⁰

Sem embargo das críticas que se possam opor à tese da objetivação – relacionadas, por exemplo, ao princípio da justiça ou conformidade funcional, decorrente da separação de

²⁰⁹ Confira-se a letra da regra: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

²¹⁰ Nesse sentido, cf.: STF, Plenário, ADIs 3406 e 3470, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 29/11/2017; STF, Plenário, RE 955227, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 8/02/2023; e STF, Plenário, RE 949297, Rel. Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. em 8/02/2023.

poderes, que impõe respeito na interpretação constitucional à organização funcional definida na Constituição para os poderes constituídos, de tal maneira que não se poderia apequenar a função explicitamente atribuída ao Senado pela regra do art. 52, X, da Constituição, cujo texto não comporta o sentido de que o ato do Poder Legislativo daria mera publicidade à decisão do STF –, fato é que o STF, no Recurso Extraordinário em apreciação, em cujo julgamento afirmou expressamente a repriminção da redação original do art. 16 da Lei 7.347/1985, ante a inconstitucionalidade de sua alteração (feita pela Lei 9.494/1997), adotou tal tese, dando solução à questão com eficácia para além dos lindes do caso julgado.

Quanto ao sentido da decisão tomada, talvez tivesse sido melhor, em prol da segurança jurídica, que o STF tivesse seguido a trilha da continuidade interpretativa, mantendo o que a doutrina e a jurisprudência do STJ tinham já assentado. Quer dizer, em vez da inconstitucionalidade do dispositivo, com efeito repriminatório de sua redação inaugural, o STF poderia ter definido sua interpretação conforme a Constituição, para que “competência territorial do órgão prolator” fosse compreendida em correspondência com a extensão do dano apresentado na causa de pedir.²¹¹ Essa solução, afora melhor se harmonizar com o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, consolidaria a interpretação amadurecida na doutrina e na jurisprudência do STJ. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes fez aceno em favor de tal solução, mas findou por aderir ao voto do Relator porquanto entendeu que inexistiriam diferenças práticas entre uma e outra solução.

De toda sorte, não obstante possa ser temerário dizer isto com base em precedentes dos tribunais superiores brasileiros, parece que, no particular, a questão da amplitude eficaz dos provimentos em processo coletivo foi resolvida: o microsistema processual coletivo viabiliza a solução do litígio coletivo de forma ampla e isonômica, com tutela jurisdicional em favor de todos os titulares do direito reconhecido.

3.3.2.1 Casos julgados antes da decisão do Recurso Extraordinário n. 1.101.937

Em face do julgamento do STF acima examinado, sem pretensão alguma de oferecer solução acabada, impende dizer uma palavra sobre certa questão que o juízo de

²¹¹ No que se refere ao manejo da técnica de interpretação conforme em controle difuso e concreto de constitucionalidade, cf.: STF, Pleno, RE 593849, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 19/10/2016, DJe-068 5/4/2017.

inconstitucionalidade pronunciado suscita. Trata-se da situação dos não poucos casos decididos em definitivo mediante aplicação literal do dispositivo tido por inconstitucional. Em tais casos, qual é a solução admissível? Cabe ação rescisória, para ampliação dos efeitos da decisão, em consonância com a redação original do artigo, a qual, em rigor, ante a inconstitucionalidade *ex tunc* de sua alteração, permaneceu sempre vigente e válida? Ou é caso de nova demanda, se possível – é necessário verificar, por exemplo, possível prescrição –, com toda a tramitação de outro processo em busca de decisão que complemente a amplitude eficaz da primeira? Essa última alternativa oferece a dificuldade de a nova decisão poder ter sentido desarmônico com o da anterior, o que obviamente contraria os objetivos do processo coletivo.

As regras previstas nos arts. 525, § 15, e 535, § 8º, do CPC de 2015 permitem o ajuizamento de rescisória em tais casos, os quais foram definitivamente decididos com fundamento em regra, depois, objeto de pronunciamento de inconstitucionalidade do STF, sem modulação. O prazo decadencial da ação rescisória aí se inicia excepcionalmente com o trânsito em julgado da decisão do STF, em substituição ao termo inicial ordinário (data do trânsito em julgado da decisão rescindenda). A hipótese de cabimento é a de manifesta violação de regra jurídica (art. 966, V, do CPC de 2015).²¹²

Sabe-se que, considerada a antiga súmula 343 do STF, ação rescisória não é cabível em tal hipótese “quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. O último precedente do STF acerca da aplicação desse verbete sumular a situações como a ora apreciada indica que este

deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda.²¹³

E é possível sustentar que o STF já havia sinalizado pela constitucionalidade da redação alterada do art. 16 da Lei 7.347/85 ao negar medida liminar na ADI em 1997, como noticiado acima, razão pela qual, pela súmula 343 – interpretada pelo próprio Tribunal no referido julgado –, não caberia rescisória nos casos objeto da presente subseção.

É de ver, contudo, que esse entendimento do STF acerca da aplicação da súmula 343 foi externado antes da edição do CPC de 2015, cujos preceitos acima apontados, que tratam da matéria, não encontram análogos no CPC de 1973. Assim, é possível também sustentar que o

²¹² Cf. STF, Pleno, RE 730462, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 28/05/2015, DJe-177 09/09/2015.

²¹³ RE 590809, Pleno, Rel. Min. Marcos Aurélio, j. em 22/10/2014, DJe-230 24/11/2014.

precedente cujo trecho foi acima transcrito, sobre incidência da súmula 343, foi superado por força das novas regras que disciplinam o cabimento de ação rescisória trazidas pelo CPC de 2015 nos arts. 525, § 15, e 535, § 8º.

De resto, vale lembrar, por outro lado, que parcela da doutrina reputa inconstitucionais tais preceitos do CPC de 2015, por contrariarem a garantia fundamental da coisa julgada – um dos corolários da segurança jurídica, a qual, por sua vez, é um dos pilares da noção de Estado de Direito –, coisa julgada que estaria sempre sob ameaça pela possibilidade de ação rescisória ante futuro e eventual julgamento do STF.²¹⁴

Será preciso, portanto, muito provavelmente, outro pronunciamento do STF sobre a questão, isto é, sobre os efeitos da decisão do Recurso Extraordinário n. 1.101.937 em relação aos casos julgados em definitivo antes dela.

3.4 TÉCNICA DE COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO

O problema da inadequação do modelo processual individual para tutela de direitos mediante modificação de políticas públicas pode ser em boa medida contornado pela adoção por lei da técnica de coletivização de processos inicialmente individuais. Cuida-se de técnica processual inspirada no direito estadunidense, a qual, em suma, permite a conversão de processo individual em coletivo perante casos nos quais a demanda individual apresenta fragmento de litígio coletivo. Com isso, partindo-se da demanda individual, por provocação de um dos colegitimados extraordinários coletivos, alcança-se o conflito coletivo, a ser resolvido de forma global e uniforme.²¹⁵

A técnica foi prevista no texto aprovado pelo Congresso Nacional do CPC de 2015, em seu art. 333²¹⁶, mas acabou por ser objeto de veto presidencial, indicado pela Advocacia-Geral da União, pelas razões seguintes:

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

²¹⁵ COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370.

²¹⁶ Eis o texto:

Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

Quanto ao veto, Ada Pellegrini Grinover teceu incisivas observações:

Entendem-se as razões, exclusivamente corporativas, da OAB. As ações coletivas beneficiam a justiça e a coletividade, como foi visto acima, mas não os advogados. Como poderiam eles ajuizar milhares ou milhões de demandas individuais – como acontece na judicialização da saúde, por exemplo – visando a um objetivo comum, qual seja o pedido de aprovação de um medicamento mais benéfico pela Anvisa e sua distribuição pelo SUS? Uma única ação coletiva resolveria o problema, privando os advogados de seus honorários por milhares de causas esfaceladas.

Mas, pode-se admitir que é possível conciliar o interesse público com o interesse dos advogados. Talvez tenha faltado, no dispositivo, ressaltar a recompensa monetária para o advogado que moveu a ação individual convertida em coletiva.

Por outro lado, o receio pelo detrimento do interesse das partes é absolutamente descabido, pois a parte está resguardada pelo disposto no § 6º do dispositivo, que já constava da redação original (“O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo”). Por outro lado, como se viu acima, o mecanismo já previsto no Código

“Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou

II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

§ 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no *caput*, salvo quando ele próprio o houver formulado.”

(o incidente de resolução de demandas repetitivas) nada tem a ver com a conversão da ação individual em coletiva.²¹⁷

Há, ao que parece, uma série de causas para a “cultura demandista” que tem sobrecarregado o sistema judicial brasileiro.²¹⁸ Uma das razões provavelmente esteja nisto: “o número de cursos de graduação em Direito saltou de 235 para 1.203 entre 1995 e 2017”, quantidade com a qual “o Brasil é o país com o maior número de cursos de graduação em Direito no mundo”.²¹⁹ Nesse contexto, “entre 1995 e 2018, o número de vagas abertas anualmente em cursos de graduação em Direito saltou de 55,7 mil para 260,96 mil”.²²⁰ Não é difícil concluir que as centenas de milhares de bacharéis em Direito que concluem anualmente a graduação e lançam-se no mercado de trabalho geram imensa pressão por criação e aumento de demanda na seara jurídica, que tradicionalmente labora no campo do litígio em juízo.

Como sublinhado acima (v. subseção 2.3), no que se refere a litígios coletivos, de que são exemplos os casos que envolvem a necessidade de alteração em política pública como meio necessário à tutela de direito, as técnicas de gestão e julgamento de casos repetitivos trazidas pelo CPC de 2015 assumem caráter coadjuvante, pois: a) não evitam a avalanche de demandas repetitivas, já que se aplicam só após a constatação da repetição; b) cabem apenas para questões de direito, ao passo que alterações em políticas públicas com frequência requerem também complexa instrução probatória; e – eis a razão primordial – c) os precedentes formados a partir de tais técnicas obrigam tão somente os órgãos do Poder Judiciário,²²¹ de sorte que, se os órgãos públicos envolvidos diretamente na política pública em discussão não se adequarem com espontaneidade ao precedente, inescapavelmente serão aforadas demandas judiciais novas sobre a questão – com isso, não se alcança aquilo que se poderia obter mediante um processo coletivo: amplo acesso à justiça, enquanto acesso à ordem jurídica justa, e tratamento isonômico para todos em idêntica condição, e não só para quem ajuizou ação.

²¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A coletivização de ações individuais após o veto. Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2015. *E-book*, n.p.

²¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 926, pp. 135-175, dez. 2012.

²¹⁹ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS; CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Exame de Ordem em Números*. v. 4. [s.l.: s.n.], 2020, p. 41.

²²⁰ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS; CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Exame de Ordem em Números*. v. 4. [s.l.: s.n.], 2020, p. 43.

²²¹ Ressalvada tão somente a regra do art. 985, § 2º, a qual prevê que, em incidentes de resolução de demandas repetitivas cujo objeto consista em “questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

O Projeto de Lei n. 8058/2014,²²² já citado, que veicula disciplina para um “processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”, também estabelece a técnica de coletivização, nestes termos:

Art. 30. Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que:

I - tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete ao mesmo tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;
II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução deva ser uniforme, por sua natureza ou por disposição de lei, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.

§ 1º Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva.

§ 2º O Ministério Público ou outro legitimado poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva, no prazo a ser fixado pelo juiz.

§ 3º Se nenhum dos co-legitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique membro da instituição para fazê-lo.

§ 4º A coisa julgada terá efeito *erga omnes*, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§ 5º O Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica se não intervier como parte.

Caso o Projeto torne-se lei com tal dispositivo, será possível converter processo individual em coletivo se o caso se revestir de relevância social e puder produzir efeitos coletivos, por tratar de bem jurídico coletivo, indivisível, cuja lesão alcança a coletividade, de sorte que seu tratamento deve guardar isonomia relativamente às pessoas em igual condição, ou seja, de maneira que o Estado adote padrão de comportamento consistente e unitário para com todos que estejam na mesma situação.

Segundo Susana Henriques da Costa, tal preceito seria aplicável a todo processo em que se discutam direitos sociais, os quais, por natureza, reclamam tratamento universal e isonômico.²²³ Apenas em parte se concorda com tal interpretação: na linha do exposto na subseção 3.2, para demandas dirigidas ao simples cumprimento da política pública estabelecida, e não sua modificação, cabe ação individual por parte do prejudicado, pois não

²²² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Rememore-se que o respectivo anteprojeto é fruto de pesquisas e debates encabeçados por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 506-508).

²²³ COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370.

se alterará o padrão estatal de tratamento das pessoas em igual situação. É de ver, a propósito, que o inadimplemento estatal aí pode ser pontual e individualizado, em prejuízo somente de uma ou poucas pessoas em dado local.

Vale, no entanto, registrar que o texto do § 3º do art. 30 do Projeto está a merecer aprimoramento. O preceito, lido isoladamente, poderia dar a entender que possa o juiz dirigir determinação para que o Ministério Público atue como órgão agente no processo, isto é, para que apresente demanda. Todavia, é certo que isso ofenderia não apenas o princípio da inércia jurisdicional, porquanto a demanda, em rigor, seria do próprio juiz que fez a determinação, como também a independência do Ministério Público, ao qual incumbe formular juízo fundamentado positivo ou negativo relativamente ao ajuizamento de ações, juízo que se submete a revisão por órgão de cúpula da instituição (p. ex., Conselho Superior do Ministério Público do Estado ou uma das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal), seja no âmbito cível, seja no criminal. Além disso, estabelecer exceção a essa tradicional sistemática de atuação do Ministério Público justo para processos com marcada carga política seria, além de inconstitucional, nitidamente arriscado. Portanto, caso aprovado sem o conveniente aprimoramento, o preceptivo deverá ser lido sistematicamente e em conformidade com a Constituição – como, de resto, deve ser interpretado todo texto legal.²²⁴

Por fim, cumpre observar que o Projeto de Lei n. 1641/2021, que visa a dar nova disciplina ao processo coletivo, “apresentado em homenagem à jurista Ada Pellegrini Grinover” e “elaborado a partir de comissão de juristas constituída por membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual”, também contempla técnica de coletivização:²²⁵

Art. 50. A requerimento de um legitimado à propositura de ação civil pública, o juiz, ouvidas as partes, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade ou quando se tratar de demandas individuais repetitivas que possam causar ofensa à isonomia ou à segurança jurídica.

§ 1º A conversão pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

§ 2º Não se admite a conversão, se:

I – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

II – o juízo não tiver competência para o processo coletivo.

§ 3º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

²²⁴ COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370.

²²⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1641/2021. Disciplina a ação civil pública.

§ 4º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do autor individual e do réu para, querendo, manifestarem-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 5º O autor de demanda individual pode requerer e o juiz pode determinar a intimação do Ministério Público ou de outro legitimado coletivo para que, no prazo de 10 (dez) dias, manifeste-se sobre o interesse em requerer a conversão da ação individual em coletiva

§ 6º O autor originário da ação individual poderá participar na condução do processo coletivo.

§ 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo da ação civil pública.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados, salvo se suspenso nos termos do art. 23.

§ 10 Se não houver sido o autor do requerimento, o Ministério Público deverá ser ouvido sobre ele.

§ 11. A decisão que converter a ação individual em ação coletiva é impugnável por agravo de instrumento.

§ 12. A decisão que determina a conversão, quando não mais sujeita a recurso, poderá ensejar litispendência em relação às demais ações coletivas a serem ajuizadas, nos termos do art. 9º, ou a suspensão das demais ações individuais, nos termos do art. 23, conforme o caso.

§ 13. A decisão que determina a conversão, quando não mais sujeita a recurso, poderá implicar a suspensão das ações individuais, nos termos do art. 23.

Nota-se que o regramento proposto por meio deste último Projeto está mais bem acabado em comparação àquele apresentado no Projeto de Lei n. 8058/2014 e não incorre no problema que se indicou logo acima, porquanto reclama, para a coletivização da tutela, requerimento por parte de um dos colegitimados coletivos.

4 CARÁTER ESTRUTURAL DE LITÍGIOS ENVOLVENDO MODIFICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Até este ponto do texto, procurou-se, em suma, demonstrar: a possibilidade de o Poder Judiciário promover alteração em política pública como meio necessário à tutela de direito lesado ou ameaçado (seção 1); a inadequação do modelo processual individual para o desempenho de tal tarefa jurisdicional (seção 2); e, por outro lado, a adequação da via processual coletiva para tal mister (seção 3).

Nesta quarta seção, em extensão por assim dizer da linha argumentativa delineada na seção 3, quer-se mostrar que, não raro, litígios cuja solução necessita de alteração numa política pública revelam feitiço não só coletivo mas também estrutural. Para tanto, pretende-se esboçar o que se compreende por litígios estruturais, quais técnicas processuais tais litígios habitualmente reclamam para sua adequada tutela jurisdicional – técnicas que caracterizam o que se denomina processo estrutural, modalidade de processo coletivo –, bem como se o direito processual civil brasileiro oferece essas técnicas.

4.1 ADVENTO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIIS

Pode-se dizer que, ao menos com contornos mais claros, o processo estrutural apareceu nos Estados Unidos da América, na década de 50 do século XX. Nesse período, o Poder Judiciário daquele país defrontou-se com a necessidade de empreender a cessação da segregação racial em escolas de alguns estados da federação norte-americana, após reconhecer que tal separação violava a Constituição.

No conhecido caso *Brown*, ao proferir julgamento em processos coletivos no ano de 1954, a Suprema Corte estadunidense, sob a presidência do *Chief Justice* Earl Warren, reconheceu que a política de escolas para brancos e escolas para negros contrariava a igualdade consagrada na 14ª Emenda. Esse julgamento superou, assim, a doutrina “separados, mas iguais” (*separate but equal*) que antes fora sustentada para legitimar o regime de segregação.²²⁶

²²⁶ UNITED STATES OF AMERICA. Library of Congress. Supreme Court of the United States. U.S. Reports: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 1954.

No ano seguinte ao julgamento do caso, em 1955, naquele que ficou conhecido como caso *Brown II*, a Suprema Corte deparou com o delicado desafio de promover a necessária reforma estrutural para efetivação do primeiro julgamento, isto é, para implementar o desfazimento do sistema de segregação na realidade das escolas. Para essa tarefa, a Corte optou por descentralizar as decisões e a fiscalização, nessa fase executiva, aos tribunais locais, bem como permitir certa flexibilização dos meios de efetivação da decisão tomada, mediante possível autocomposição relativamente a questões locais e readequações em face de particularidades de cada localidade.²²⁷

Mais à frente, no fim da década de 70, a doutrina norte-americana, notadamente com Owen Fiss, percebeu com clareza que, a partir de *Brown II*, o Poder Judiciário do país passou a empreender reformas estruturais em instituições e organizações públicas – como, por exemplo, hospitais, escolas e presídios – como forma de promover a cessação de violações a valores constitucionais, em especial a igualdade. Esse tipo de processo em que se buscavam reestruturações institucionais receberam o adjetivo “estrutural” ou “estruturante”.²²⁸

Brown II exigia uma reforma organizacional profunda como meio para pôr fim ao sistema de escolas só para negros e escolas só para brancos, implantando-se escolas não-raciais, unitárias. As lições aprendidas e inovações procedimentais adotadas nesse caso acabaram depois por ser aplicadas a litígios estruturais em outras áreas (relacionadas a despesas com educação, abusos da polícia, tratamento desumano manicômios, presídios etc.). Tais casos apresentam complexidade muito maior que a dos litígios ordinários, pois comumente envolvem situação violadora de valores constitucionais, com alcance social relevante, sustentada por dada dinâmica organizacional a ser enfrentada.²²⁹

Owen Fiss chama a atenção para o fato de que o fenômeno observado nos Estados Unidos consistiu menos em uma mudança de postura judicial ou na função judicante do que em uma adaptação jurisdicional a uma mudança social de que decorreram novos conflitos de tipo substancialmente mais complexo. Segundo o autor, foi a presença estatal, por intermédio de

²²⁷ UNITED STATES OF AMERICA. Library of Congress. Supreme Court of the United States. U.S. Reports: *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294, 1955.

²²⁸ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1-58, nov. 1979.

²²⁹ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1-58, nov. 1979.

políticas públicas, em vários campos da vida social que findou por inexoravelmente engendrar os litígios estruturais aos quais o Poder Judiciário teve de adaptar-se para enfrentar.²³⁰

Na sequência, Theodore Eisenberg e Stephen Yeazell chamaram a atenção, em 1980, para o mesmo ponto do parágrafo anterior, isto é, sobre aquilo que consistiu em real novidade nos referidos casos judiciais, os quais eles chamaram de litígios institucionais (*institutional litigation* ou *institutional cases*), em razão de sua solução impor rearranjo na estrutura ou operação de uma instituição, rearranjo efetivado mediante decisões judiciais sucessivas e fiscalização judicial por certo período, às vezes longo. Os autores explicam que tais casos não constituíram grande novidade nem nos aspectos constitucionais, dado que apenas continuaram as discussões e tensões já anteriormente existentes em torno da separação de poderes e da federação estadunidense, nem em termos processuais, porquanto o Poder Judiciário no país muito antes já se valia, no trato dos litígios tradicionais, de medidas processuais que só passaram a ser vistas como grandes novidades ao serem aplicadas a litígios institucionais.²³¹

Os autores apresentam, a propósito, exemplos da jurisprudência para demonstração de que são tradicionais nos Estados Unidos certas medidas voltadas a contornar ou vencer a recalcitrância do executado, medidas executivas diretas ou sub-rogatórias e indiretas ou coercitivas reveladoras de significativo poder criativo de que há muito são dotados os órgãos jurisdicionais em tal país, inclusive para fiscalizar e acompanhar por certo lapso temporal o cumprimento de decisões judiciais em casos complexos. Com isso, concluem, não há profundas diferenças processuais entre o trato dos litígios tradicionais e o dispensado aos litígios por eles denominados institucionais.²³²

Portanto, em compreensão similar à acima exposta de Owen Fiss, Eisenberg e Yeazell explicam que, nesses últimos litígios, a novidade não se encontrava tanto nas medidas e remédios processuais empregados para a efetivação de decisões, mas sim no emprego dessas mesmas medidas e remédios adaptados a um novo tipo de direitos jurisdicionalmente tutelados. Quer dizer, anteriormente, para resolução de litígios tradicionais e respectiva execução, já se manejavam remédios e medidas processuais muito semelhantes aos aplicados mais

²³⁰ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1-58, nov. 1979.

²³¹ EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980.

²³² EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980.

recentemente para solução de litígios institucionais. Antes, para tutela de direitos patrimoniais; em litígios institucionais, para proteção jurisdicional de direitos mais conectados à própria pessoa ou a um grupo de pessoas. Numa palavra: instrumentos processuais antigos e bem estabelecidos passaram a servir à efetivação de direitos novos por assim dizer, de pessoas presas, internadas em hospitais psiquiátricos etc.²³³

Quase contemporaneamente a Owen Fiss, em 1976, Mauro Cappelletti abordou também a espécie de litígios em apreciação, os quais reuniu sob a locução “litígio de interesse público” (*public interest litigation*). Nos países entroncados na tradição jurídica romano-germânica, da *civil law*, o estudo desses casos demorou a iniciar-se comparativamente com os países de tradição anglo-saxã, da *common law*, em especial os Estados Unidos. Tal assincronia, segundo Cappelletti, derivou, primeiro, da formação dos juristas naqueles países (da *civil law*), infensa a soluções jurídicas consideradas mais criativas, e, depois, à falta de tradição social nesses países de formação de coletivos voltados à defesa e promoção de interesses comuns.²³⁴

Essas razões provavelmente explicam por que no Brasil, de tradição romano-germânica, nada obstante há vários anos seja realidade a revisão jurisdicional de políticas públicas em larga escala, inclusive em litígios ineludivelmente estruturais, somente bem recentemente o processo estrutural passou a ser objeto específico de estudos.²³⁵

Não é incomum que se refira como exemplo vanguardista de processo estrutural no Brasil o caso conhecido como “ação civil pública do carvão”, aforada pelo Ministério Público Federal em 1993 perante a Justiça Federal em Criciúma, SC.²³⁶ No processo iniciado por essa ação, foi proferida sentença no ano 2000 determinando aos demandados (mineradoras, União e Estado de Santa Catarina) que fosse apresentado, em seis meses, projeto de recuperação de área

²³³ EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980.

²³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Vindicating the public interest through the courts: a comparativist’s contribution. *Buffalo Law Review*, v. 25, n. 3, p. 643-690, jan. 1976.

²³⁵ Pode-se dizer que Desirê Bauermann (BAUERMAN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012) e Marco Felix Jobim (JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013) foram pioneiros na doutrina brasileira ao trazerem o tema dos Estados Unidos para análise sob a ótica do direito brasileiro. Aliás, para análises do surgimento e evolução do processo estrutural em outros países para além dos Estados Unidos da América (por exemplo, na Argentina, África do Sul e Itália), cf.: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019; e GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

²³⁶ 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, jul./dez. 2015.

ambientalmente prejudicada pela mineração de carvão, com cronograma de execução e observância de certos requisitos.

Para efetivação desse comando, cominou-se multa, determinou-se “medida de sub-rogação, consistente na contratação, às expensas dos condenados, de terceiro para a elaboração e execução do mencionado projeto” e ordenou-se “aos órgãos de proteção ambiental e de fiscalização de mineração o dever de apresentar relatório circunstanciado de fiscalização de todas as minas em atividade naquela região”.²³⁷ Ouvido o Ministério Público, esse projeto de recuperação precisaria ser judicialmente aprovado, o que sucedeu. E a execução da sentença – a qual determinara o objetivo a ser alcançado, a reparação ambiental, sem, porém, detalhar a forma de sua realização – desdobrou-se em etapas, em algumas das quais houve significativa cognição judicial para definição das medidas concretas mais adequadas ao atingimento daquele objetivo. Houve também criação de grupo técnico com representação dos envolvidos para propostas de estratégias e soluções apropriadas à recuperação ambiental. Realizaram-se, ainda, inúmeros acordos já durante a execução da sentença. Enfim, o caso era de difícil solução e recebeu tratamento processual diferenciado para dar conta de sua complexidade.

Contudo, como se busca explicar na subseção subsequente, a despeito de se terem ali adotado técnicas peculiares a processos estruturais, não é possível afirmar que se tratou em tal processo de litígio estrutural propriamente, pois não se cuidou ali de reorganização de organização, instituição ou política pública alguma. Não é a complexidade do litígio ou os métodos e instrumentos processuais empregados que identificam um processo estrutural, e sim sua finalidade de operar uma reestruturação institucional.²³⁸

4.2 NOMENCLATURA E CONCEITOS DE LITÍGIO ESTRUTURAL E DE PROCESSO ESTRUTURAL

Um dos primeiros passos da leitura analítica, isto é, da leitura voltada ao efetivo estudo, com o objetivo de aprender-se algo novo, consiste na identificação das palavras importantes

²³⁷ 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, pp. 211-229, jul./dez. 2015. *E-book*, n.p.

²³⁸ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018.

utilizadas pelo autor, bem como dos sentidos em que ele as emprega – o que revela os respectivos termos.²³⁹ A deixar isso mais claro no presente texto presta-se esta subseção.

Pelo exposto na subseção precedente, fica claro, primeiro, que há expressões diferentes para designar os litígios e processos em questão e, segundo, que os próprios litígios e processos designados, muito embora tenham em comum certas características marcantes, não estão ainda plenamente delimitados. Por isso, convém nesta subseção buscar esclarecer melhor a terminologia e os conceitos adotados, ao menos os aqui adotados, com base na doutrina que parece ter mais bem cuidado do tema.

Na esteira das lições de Owen Fiss, estruturais ou estruturantes são adjetivos empregados para indicar processos judiciais – assim como suas técnicas, decisões, medidas, remédios etc. – nos quais se cuida da reestruturação de instituições.²⁴⁰ Como muitas vezes se dá com conflitos levados a juízo envolvendo a necessidade de modificação de políticas públicas, a solução adequada do litígio implica complexas e às vezes demoradas reformas estruturais de instituições ou organizações como forma de sanar situação violadora de direitos reconhecidos. Tais conflitos consistem em litígios estruturais. Processos estruturais, por sua vez, são os que tratam de tais litígios e idealmente dispõem de técnicas adequadas a tal tarefa.

Como resume Francisco Verbic, costuma-se enfrentar em tais processos duas ordens de desafios: uma primeira, de índole política, referente à questão da legitimidade da própria atuação do Poder Judiciário nesse campo, questão abordada na subseção 1.3 e retomada abaixo; e uma segunda, de caráter procedimental, que se subdivide em duas dificuldades: uma relacionada às formas de participação dos interessados no processo, o que tem também

²³⁹ ADLER, Mortimer J.; DOREN, Charles Van. *Como ler livros: o guia clássico para a leitura inteligente*. Tradução de Edward H. Wolff e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2010.

²⁴⁰ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1-58, nov. 1979. O autor vale-se de expressões como: *structural litigation*, *structural suit*, *structural injunction*, *institutional reform litigation*, *structural reform litigation* etc. Theodore Eisenberg e Stephen Yeazell (EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, pp. 465-517, jan. 1980), assim como William Fletcher (FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697, mar. 1982) preferem as locuções *institutional litigation*, *institutional cases* etc. No Brasil, tem-se dado preferência ao adjetivo “estrutural”, tendência seguida no presente trabalho. Obra coletiva recente sobre o tema, a propósito, recebeu de seus organizadores, Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim, o título “Processos Estruturais” (ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019).

pertinência com a questão da legitimidade, e outra, à efetivação adequada da decisão jurisdicional, o que se busca, outrossim, examinar nas subseções abaixo.²⁴¹

Com relação às questões terminológica e conceitual, releva notar que, em paralelo à doutrina de Owen Fiss, igualmente nos Estados Unidos, Abram Chayes desenvolveu estudos na década de 1970 acerca de litígios com o mesmo perfil daqueles sobre os quais Fiss debruçou-se, os quais foram por Chayes chamados de litígios de direito público (*public law litigation*). O objeto de estudo de Chayes foi o tratamento jurisdicional de complexos problemas acerca do funcionamento de políticas públicas, com elevada relevância social e cuja resolução não poderia operar-se de um jato; antes, ordinariamente precisava protrair-se temporalmente.²⁴²

Nesse sentido, esse autor apontou que, em tais casos, como é preciso normalmente tutela específica – devido à insuficiência da tutela pelo equivalente em pecúnia –, o juízo precisa criar e administrar a implementação de soluções mais ou menos complexas e continuadas no tempo, cujos reflexos fazem-se sentir para além das esferas jurídicas das partes do processo. Além disso, notou que, durante essa implementação, as circunstâncias do caso podem mudar, impondo-se modificações no modo de cumprir a decisão judicial. Por isso, essa decisão deve conter um programa de ação prospectivo e deve ser proferida com consciência de suas prováveis consequências, buscando-se acomodar os diferentes interesses implicados, não apenas os das partes processuais, mas também os de pessoas ausentes formalmente no processo, mas atingidas pela decisão. Além disso, como adequado enfrentamento desses casos, o autor alvitrou, entre outras coisas, que se priorizassem soluções negociadas, em lugar do tradicional julgamento imposto às partes, assim como o recurso ao auxílio de especialistas e outros terceiros.²⁴³

²⁴¹ VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 69-90.

²⁴² CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, pp. 1281-1316, mai. 1976. Como apontado na subseção anterior, Mauro Cappelletti, também em 1976, usou expressão bem parecida com a cunhada por Chayes: litígios de interesse público (*public interest litigation*) (CAPPELLETTI, Mauro. Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution. *Buffalo Law Review*, v. 25, n. 3, pp. 643-690, jan. 1976). Parte da doutrina brasileira tem-se valido de termos similares para tratar do tema, como “conflito de interesse público” ou “processo civil de interesse público”. Cf., em tal sentido, recente obra coletiva organizada por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques da Costa intitulada “O processo para solução de conflitos de interesse público” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017).

²⁴³ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, pp. 1281-1316, mai. 1976.

Vê-se, pois, que os conflitos ou litígios de interesse público, como os identifica Abram Chayes, têm traços muito próximos aos dos litígios que Owen Fiss qualifica como estruturais, pelo menos quando nestes estejam envolvidas instituições públicas, caso das alterações em políticas públicas.²⁴⁴

Contudo, não se adota neste texto a designação processo (ou litígio) de interesse público. Desde a visão publicista de processo – como, aliás, os próprios processualistas que preferem o nome “processo de interesse público” cuidam em ressaltar²⁴⁵ –, reconhece-se caráter público em todos os processos judiciais, uma vez que servem de instrumento de atuação da jurisdição estatal, a qual tem ao menos dois objetivos básicos de interesse público, a saber, a realização do direito e a pacificação social.

Por outro lado, ainda que se compreenda que o “interesse público” refere-se à causa apreciada no processo – óbvia intenção de quem usa a locução –, é preciso levar em conta que muitos litígios há, inclusive individuais, em que relevantes interesses públicos primários se fazem presentes, sem que haja neles nada de estrutural. É o que se dá, por exemplo, com um mandado de segurança impetrado por pessoa menor de idade contra tratamento discriminatório por motivo de raça a ele dispensado, de modo pontual, por diretor de escola pública em seleção para função de monitor. Nesse caso hipotético, há claro interesse público primário, mas nada há de estrutural. Sua solução não reclama reestruturação alguma. Convém mencionar, no ponto,

²⁴⁴ Vale, porém, consignar tentativa doutrinária de distinção conceitual entre processo estrutural e processo civil de interesse público: “Embora as fronteiras entre os dois conceitos sejam, em alguns momentos, sutis, e haja autores norte-americanos que não os diferenciem, investir na distinção pode auxiliar na compreensão dos institutos. Inicialmente, as expressões têm origens acadêmicas distintas. Conforme já anotado, a ideia de *structural litigation* deriva do pensamento de Owen Fiss, a partir de 1979, enquanto *Public Law Litigation* é uma expressão cunhada por Abram Chayes, em 1976, para descrever um fenômeno que, na sua visão, não vem desde Brown, mas do século XIX: o aumento do número de leis destinadas não a resolver um conflito pretérito, bilateral, existente entre particulares, mas a regular e modificar arranjos sociais e econômicos, para o futuro. Em outras palavras, a decisão judicial deixa de pretender remediar o ilícito pretérito, como tradicionalmente ocorre, para buscar ajustar o comportamento futuro do réu. Isso gera a necessidade de um regime de execução prolongado, em vez de uma transferência instantânea de patrimônio. O processo se afasta, com isso, de seu perfil clássico. Além disso, litígios de interesse público, na visão de Chayes, incidem sobre ‘uma lesão relativa à operação de uma política pública’” (VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018. *E-book*, n.p.). Para a presente tese, centrada na modificação de políticas públicas, ambos os conceitos apresentam elementos úteis, até porque muito se aproximam, como reconhece o mesmo autor: “É bom observar que as visões conceituais dos dois autores são, em alguns pontos, superpostas, de modo que o esclarecimento conceitual pretendido neste trabalho não pode ser extraído diretamente, de modo exclusivo, das obras de Chayes e Fiss” (VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018. *E-book*, n.p.).

²⁴⁵ Cf., p. ex., SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 193-227.

que Kazuo Watanabe admite que demandas individuais possam render ensejo a processos de interesse público, caso discutam políticas de governo.²⁴⁶ O conceito de processo estrutural aqui adotado, todavia, tem perímetro mais limitado.

Já se buscou assentar acima, em especial na seção 2, a inviabilidade de reestruturação de políticas públicas em processos individuais. Os litígios estruturais constituem espécie de litígios coletivos e sua abordagem adequada requer processos estruturais, que analogamente são espécie de processos coletivos.²⁴⁷ Nesse sentido, quadra conferir as definições de Edilson Vitorelli. Confira-se, em primeiro lugar, a noção de litígio coletivo:

Litígio coletivo é o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais. É isso que distingue o litígio coletivo dos litígios individuais. O litígio coletivo se instala quando um grupo de pessoas é lesada enquanto sociedade, sem que haja, por parte do adversário atuação direcionada contra alguma dessas pessoas, em particular, mas contra o todo.²⁴⁸

Na sequência, o autor define litígio estrutural, espécie de litígio coletivo cuja solução supõe a reestruturação de uma instituição ou política pública ou privada:

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. [...] o litígio estrutural é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada, e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do

²⁴⁶ WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público: introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 229-235.

²⁴⁷ Francisco Verbic, em razão disso, prefere denominar esse tipo de processo coletivo como “processo coletivo de reforma estrutural” (VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 69-90, p. 71).

²⁴⁸ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018. *E-book*, n.p. O autor propõe, ademais, teoria nova acerca dos litígios coletivos, isto é, para a delimitação de situações conflituosas merecedoras de tutela jurisdicional coletiva. Segundo ele, a classificação dos direitos coletivos em sentido amplo em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, apresentada no art. 81 do CDC, sem embargo de sua importância histórica, não é suficiente para abarcar a complexidade da realidade, porquanto existem muitas situações reais que obviamente reclamam tutela jurisdicional coletiva, mas não se encaixam bem em nenhuma dessas três classes legalmente definidas. Segundo Vitorelli, a observação dos litígios coletivos – isto é, das situações conflituosas cuja solução, dadas suas características, exigem tutela adequada pela via coletiva – classificam-se em três espécies: a) litígios globais, que atingem a sociedade como um todo e nenhum indivíduo em particular; b) litígios locais, que alcançam com intensidade significativa os integrantes de uma comunidade coesa, como, por exemplo, uma etnia indígena ou um grupo de consumidores; e c) os litígios irradiados, em que a lesão toca de forma desigual subgrupos sociais. Os litígios estruturais, para o autor, entram nessa terceira classe (VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 269-323).

funcionamento da estrutura. Embora essa reestruturação possa ser feita de diversos modos e, frequentemente, não dependa da atuação do Poder Judiciário, ocorrendo pela atuação privada ou com a condução do Poder Executivo, se a alteração for buscada pela via do processo judicial, esse processo poderá ser caracterizado como processo estrutural.²⁴⁹

Processo estrutural, por sua vez, é o processo coletivo em que se utilizam técnicas adequadas ao tratamento de litígios estruturais. Vale a pena conferir também aqui a definição de Edilson Vitorelli:

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. [...] processo estrutural é aquele que busca resolver, por intermédio da atuação da jurisdição, um litígio estrutural, pela reformulação de uma estrutura burocrática que é a causadora ou, de alguma forma, a responsável pela existência da violação que origina o litígio. Essa reestruturação se dará por intermédio da elaboração de um plano aprovado pelo juiz e sua posterior implementação, geralmente ao longo de um considerável período de tempo. Ela implicará a avaliação e reavaliação dos impactos diretos e indiretos do comportamento institucional, os recursos necessários e suas fontes, os efeitos colaterais da mudança promovida pelo processo sobre os demais atores sociais que interagem com a instituição, dentre outras providências.²⁵⁰

Entretanto, não é raro que pequeno fragmento de litígio coletivo, e mesmo estrutural, seja apresentado em demanda individual – em realidade, pseudoindividual (v. *infra* subseção 5.9.3) – e, por conseguinte, enfrentado em processo individual como se fosse possível solucioná-lo com abstração de todo o restante do litígio, apenas em favor ou não do demandante, conforme ocorre corriqueiramente nos já referidos casos sobre saúde pública e vagas na educação infantil. Disso resultam, como já se buscou demonstrar, políticas públicas mais custosas e personalizadas, por assim dizer, em favor de cada um dos centenas de milhares de demandantes individuais.

Edilson Vitorelli chama a atenção para o problema da fragmentação judicial de litígios coletivos estruturais nas duas áreas referidas, saúde pública e educação infantil pública, com seu enfrentamento a conta gotas e distorções disso derivadas. Quanto à primeira área, ressalta:

Embora esse litígio seja claramente coletivo, uma vez que a saúde pública é um serviço oferecido a todos, em igualdade de condições, a interpretação que se produziu do princípio da inafastabilidade da jurisdição permitiu que fossem ajuizadas milhões de ações requerendo, individualmente, medicamentos ou tratamentos médicos. [...] Definir quais tratamentos ou medicamentos devem ser fornecidos pelo Sistema Único de Saúde é um problema estrutural. Demandaria alterações em toda a dinâmica do

²⁴⁹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018. *E-book*, n.p.

²⁵⁰ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018. *E-book*, n.p.

sistema, nas alocações orçamentárias, nos critérios científicos que orientam a incorporação de novas tecnologias etc.²⁵¹

Ainda mais expressivas são suas considerações quanto à judicialização no campo da educação infantil pública:

[...] a Defensoria Pública de São Paulo, embora detenha legitimidade para o processo coletivo, propôs, de 2014 a maio de 2017, aproximadamente 61 mil ações individuais pleiteando vagas para crianças em creches (média de quase 20 mil por ano). O motivo dessa proliferação de ações individuais é simples e foi explicado por um defensor público: “Nós sempre conseguimos. Nunca perdemos uma ação”.

[...] Em determinadas situações, esse comportamento do legitimado coletivo e do Poder Judiciário aprofunda as desigualdades e a desorganização do serviço público que se pretendia melhorar. Com palavras simples, uma mãe de aluno, entrevistada em busca de vaga em creches, relatou a situação:

Já Taíza Azevedo decidiu procurar a defensoria por orientação da própria diretora da creche em que busca uma vaga. “Tem dois anos que estou esperando uma vaga”, relata. Taíza se surpreendeu: seu filho estava em quinto lugar na fila de espera, mas ao acessar o endereço on-line da Prefeitura, o garoto tinha caído para a 27ª posição.

“A diretora da creche falou para mim que eu tinha que estar vindo aqui (na defensoria pública), porque as mães que vêm aqui, os filhos vão para a frente da fila, então estou aqui, na luta.”

Fica claro que as milhares de ações individuais estão servindo apenas para substituir as crianças que ingressariam nas creches pelo critério administrativo regular, por outras, que não obedecem a critério algum. Quando problemas estruturais são tratados em processos individuais, quaisquer critérios de prioridade colapsam em um “quem chega primeiro”. Quem busca a jurisdição primeiro será atendido.²⁵²

Owen Fiss, para o sistema processual estadunidense, chega a admitir que uma reforma estrutural se dê “mesmo que o caso não esteja sendo levado como uma ação coletiva”, mas “em uma base individual ou organizacional”.²⁵³ Contudo, em demanda individual nos Estados Unidos, na qual se pleiteie uma reforma estrutural, o autor age com legitimidade extraordinária, ou seja, atua em seu próprio nome em defesa não apenas de seu direito e sim do direito de todos os outros possíveis beneficiários das prestações buscadas. Nada obstante Owen Fiss afirme que aí “as partes agem em uma capacidade representativa”,²⁵⁴ por óbvio a referência não é à representação processual (em que o representante age em nome de terceiro), mas sim à substituição processual. Sucede que, no sistema processual brasileiro, só há legitimidade

²⁵¹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018. *E-book*, n.p.

²⁵² VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018. *E-book*, n.p.

²⁵³ FISS, Owen. Fazendo da constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 773-798, p. 789.

²⁵⁴ FISS, Owen. Fazendo da constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 773-798, p. 792.

extraordinária nas hipóteses previstas em lei. E, para buscar a proteção de direitos difusos, a lei estabelece, de modo exaustivo, os colegitimados à instauração de processo coletivo.

Outro ponto merece atenção: importam à pesquisa resultante neste texto somente litígios e processos estruturais referentes a reformas em organizações públicas, caso das políticas públicas. No entanto, a doutrina reconhece a existência, mesmo que mais rara, de litígios e processos estruturais na seara privada.²⁵⁵

Convém tecer, ainda, um último esclarecimento vocabular. Tanto para qualificar os litígios, quanto os processos, decisões e medidas correspondentes, os adjetivos “estrutural” e “estruturante” podem ser utilizados de modo intercambiável, como sinônimos. O significado do vocábulo “estruturante” afigura-se até mais preciso para designar o processo (bem como as decisões e medidas) que buscam resolver o litígio estrutural – isto é, que operam a reforma estrutural –, como se infere dessa explicação:

O termo "estruturante" também é formado de acordo com os cânones da língua: há nele o sufixo "-nte", formador de adjetivos e substantivos com ideia de "agente, ação" ("crente" é o que crê; "seguinte" é o que segue). No latim, a terminação de que se origina o sufixo "-nte" forma o particípio presente, que certamente vem à mente de quem na escola ouve falar do particípio passado ("perdoado", "sofrido", "redimido"). Não é preciso recorrer a dicionários para deduzir que "estruturante" significa "aquilo ou aquele que estrutura" ou "que favorece ou determina a estruturação", como se vê no "Houaiss".

[...]

No adjetivo "estrutural", encontra-se o sufixo "-al" (também latino, formador de substantivos e adjetivos), que indica diversas ideias: de pertinência, de relação, de coleção, de quantidade etc. "Estrutural" é relativo à estrutura, assim como "abdominal" é relativo ao abdome.²⁵⁶

Ocorre que um processo, uma decisão ou uma medida voltada a uma reforma estrutural não são, rigorosamente, sequer estruturantes, pois não criam as estruturas, que já existem, mas

²⁵⁵ Sobre isso, cf. VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020; VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018. Sobre os processos de falência e, em especial, de recuperação de empresas como processos estruturais, cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 339-354; BATISTA, Felipe Vieira. A recuperação Judicial como processo coletivo. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017; e BASTOS, Antonio Adonias A.; TOMAZETTE, Marlon; GOMES Tadeu Alves Sena. A recuperação judicial como processo estrutural. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 330, pp. 263-292, ago. 2022. Por fim, vale conferir artigo de Brandon Garrett sobre reformas estruturais de grandes organizações privadas norte-americanas utilizadas como instrumento para práticas criminosas: a fim de fazer cessar e prevenir novos delitos, órgãos de persecução penal nos Estados Unidos passaram, em tais casos, a buscar acordos voltados à reforma estrutural da empresa envolvida, evitando-se a formulação de acusação formal (GARRETT, Brandon L. Structural Reform Prosecution. *Virginia Law Review*, v. 93, pp. 853-957, 2007).

²⁵⁶ CIPRO NETO, Pasquale. "Reformas estruturantes". *Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 ago. 2006.

sim as modificam; são, pois, reestruturantes. Mas não se quer aqui cunhar nova expressão sem necessidade, já que os vocábulos “estruturante” e “estrutural” – mormente este último – vêm-se consagrando no Brasil e, mesmo que a palavra “estrutural”, considerada apenas em si mesma – ou seja, quanto ao seu significado somente, independentemente de seu emprego específico em dado campo do conhecimento –, possa não ser o signo mais preciso (muito embora não seja incorreto, como se extrai de seu significado na citação acima), o importante é que todos que o utilizam na linguagem escrita ou falada reportem-no ao mesmo referente da realidade. Em termos mais simples: o importante é que se esteja falando da mesma coisa.

4.3 LITÍGIOS ESTRUTURAIS POLICÊNTRICOS: TÉCNICAS PROCESSUAIS FAVORÁVEIS À APREENSÃO DA COMPLEXIDADE DO CONFLITO E À LEGITIMIDADE DE SUA SOLUÇÃO

A policentricidade é característica encontrada em litígios estruturais. Problemas complexos normalmente são policêntricos: compõem-se não apenas de um problema a ser resolvido, mas também de centros secundários de problemas, todos mutuamente relacionados, de tal maneira que a solução de um influencia nalguma medida a solução dos demais, assim como é por esta influenciada. Devido a essa interdependência, problemas policêntricos só podem ser satisfatoriamente analisados e resolvidos globalmente. É usual o emprego da metáfora da teia de aranha para ilustrar a noção de policentricidade, uma vez que a tensão de cada um dos muitos fios da teia é definida em razão da relação recíproca estabelecida entre todas as partes dela, de tal sorte que, puxado um só fio, haverá modificação da tensão da teia toda, estabelecendo-se nova configuração.²⁵⁷ É o que sucede muitas vezes em se tratando de litígios estruturais, como ressalta Edilson Vitorelli:

[...] o litígio estrutural tem lugar no contexto de uma violação que atinge subgrupos sociais diversos, com intensidades e de formas diferentes, afetando os interesses desses subgrupos de modos distintos, sem que haja, entre eles, qualquer perspectiva social compartilhada. [...]

É em virtude dessas características que surge a necessidade de alteração do funcionamento da estrutura. A complexidade do problema e o modo como suas frações interagem é que exigem que a dinâmica social em que ele ocorre seja alterada. Se não for, o problema não será resolvido, ou será apenas aparentemente resolvido, sem

²⁵⁷ FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697.

resultados concretos, ou será momentaneamente resolvido e surgirá novamente no futuro, colocando a perder todo o esforço despendido.²⁵⁸

No início dos anos 1980, William Fletcher já apontava que a policentralidade passara a ser traço comum dos problemas e conflitos próprios da sociedade contemporânea. Com o fim de facilitar sua compreensão, o autor classificou a policentricidade em duas espécies: a jurídica e a não jurídica. A policentralidade jurídica mostra-se nos conflitos em que há centros diversos de interesses juridicamente contemplados e que, por isso, merecem proteção judicial. É o caso de alegação de diferentes direitos no processo – por exemplo, direito à saúde, pelo autor; e direito à educação, à segurança pública, ao saneamento básico etc. pelo Poder Público demandado –, cuja efetivação condiciona-se ao compartilhamento e distribuição de recursos públicos limitados. A policentricidade não jurídica, por outro lado, tem lugar em conflitos nos quais os interesses em interação não encontram proteção jurídica.²⁵⁹

É traço recorrente nos litígios que envolvem a busca por modificação em políticas públicas no cotidiano judicial brasileiro a policentricidade jurídica. Com efeito, nos litígios menos complexos, é possível identificar com clareza ao menos os seguintes centros de interesses: o retratado na demanda – mesmo que fragmentariamente, em casos individuais –, na qual se invoca dado direito (por exemplo, à saúde, que, segundo o autor, deve ser protegido, relativamente a certa moléstia, mediante certo tratamento); e aqueles apresentados pelo Poder Público réu, no contexto da alegação da reserva do possível, mediante afirmação de que outros direitos há, tão ou mais importantes que o invocado na petição inicial, dignos de proteção jurídica e concretização dependente de recursos escassos. Nesse exemplo, o Poder Público poderia referir-se à necessidade de concretização de direitos em outra área (educação, moradia etc.) ou mesmo na própria área da saúde, mas relativamente a outras enfermidades, que atingem em maior gravidade e/ou quantidade a população ou dada parcela desta mais vulnerável.

Nota-se, pois, que tais litígios oferecem dificuldades e complexidade consideráveis. Mas não é só: uma das maiores dificuldades com que depara o Poder Judiciário na solução de litígios policêntricos, ressalta William Fletcher, decorre de que, não raramente, sua resolução envolve componentes jurídicos e extrajurídicos. De fato, é comum que, a despeito de o julgamento de procedência fundamentar-se em elementos jurídicos – isto é, no reconhecimento

²⁵⁸ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018. *E-book*, n.p.

²⁵⁹ FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697.

de lesão ou ameaça a direito –, o modo de cumprir o comando do julgamento apresente grande complexidade e implique a tomada de uma série de outras decisões sem claras balizas jurídicas. Para tais decisões, não balizadas com clareza pelo direito, exsurge pujante o problema da carência de legitimidade e controle democrático-eleitorais do Poder Judiciário, cujos membros não passam pelo escrutínio das urnas. Sem norte jurídico, é à primeira vista bastante questionável a legitimidade do órgão jurisdicional para substituir pela sua a decisão de mandatários públicos.²⁶⁰

Principalmente em razão disso, recomenda-se a busca por formas negociadas de efetivação da decisão judicial. Assim, uma vez constatada a injuridicidade a ser sanada, é importante que as partes sejam instadas a propor soluções, de maneira que uma das propostas ou mesmo uma mescla ou variação delas seja aceita negociadamente:

a técnica de solicitar planos e encorajar acordos é extremamente útil. Em grande medida, ela permite que os mais diretamente afetados pela decisão a ser tomada protejam seus interesses de danos evitáveis, bem como desonera o Judiciário de ter que decidir o que é melhor para as partes quando estão em jogo interesses não protegidos juridicamente. Em outras palavras, essa técnica permite que o órgão jurisdicional evite exercer discricionariedade para resolver um problema marcado por policentralidade não jurídica e coloca o ônus da solução sobre ao menos algumas das partes mais diretamente afetadas.²⁶¹

Se soluções reputadas razoáveis forem propostas, mas nenhuma alcançar aceitação consensual pelas partes, a saída pode ser encontrada por meio de determinação do juízo para que o Poder Público demandado opte com discricionariedade por uma delas. Trata-se de solução aceitável em vista da necessidade de o Poder Judiciário remediar a injuridicidade constada, sem, contudo, adentrar a seara da discricionariedade administrativa, a qual, ainda que exercida com balizas, continuará em sua natural sede, o governo eleito.²⁶²

Acerca da distinção entre policentralidade jurídica e extrajurídica, incumbe fazer aqui importante observação. Dado o reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos e o chamado efeito irradiador dos direitos fundamentais – cujas normas passaram a influenciar em

²⁶⁰ FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697.

²⁶¹ FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697, p. 654, tradução nossa. No original: “the technique of soliciting plans and encouraging agreement is enormously useful. To a considerable extent, it permits those most directly affected by the suit to protect their interests from avoidable harm, and it relieves the court of the need to decide what is best for the parties when interests not protected by any legal rule are at stake. In other words, this technique enables a trial court to avoid exercising discretion to solve a non-legal polycentric remedial problem, and puts the burden of the solution on at least some of the constituent parts that are most directly affected.”

²⁶² FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697.

maior ou menor medida todo o ordenamento jurídico –, parece ter restado espaço reduzido hodiernamente para conflitos policêntricos extrajurídicos, até mesmo no que se refere aos problemas e dificuldades enfrentadas na fase executiva da decisão tomada. A cada passo e em toda situação haverá à mão sempre um ou mais princípios a amparar decisão neste ou naquele sentido. Realmente, a experiência mostra que isso tem ocorrido. Por outro lado, porém, essa mesma constatação reacende com ainda mais vivacidade a discussão sobre legitimidade judicial e, por conseguinte, a pertinência das lições de Fletcher a respeito.

Deveras, a realidade a ser perscrutada no processo pode ser bastante complexa e, como visto, princípios jurídicos não têm suporte fático predefinido nem consequências jurídicas pré-determinadas, razão pela qual é possível construir argumentação, a partir de um ou mais princípios e das relações que possam ser feitas entre eles, que ampare decisões as mais diversas. Donde, portanto, a semelhança entre decisões desse jaez com a solução (carregada de discricionariedade) de conflitos policêntricos extrajurídicos de que fala William Fletcher. Lembre-se, a propósito, que uma das principais razões de existência da discricionariedade administrativa reside exatamente na diversidade de problemas policêntricos que a realidade oferece. Assim, conclui-se que a forma mais recomendável de solução para problemas policêntricos, ainda que se possam invocar princípios a embasar solução impositiva num ou noutro sentido, segue sendo a autocomposição.

Sob outra perspectiva, o enfrentamento e a resolução apropriada de conflitos policêntricos dependem em grande parte da boa apreensão dos elementos implicados e suas interações. É importante compreensão não apenas das normas incidentes na situação concreta e das peculiaridades desta, mas também dos valores envolvidos e, principalmente, das consequências práticas prováveis de cada solução aventada. Nesse contexto, é crucial, salienta Owen Fiss, conhecer a estrutura e o funcionamento da organização na qual se busca alteração, para, além de elaborarem-se determinações adequadas, destiná-las aos departamentos aptos a dar-lhes cumprimento.²⁶³ Para obtenção de informações necessárias, podem ser úteis a intervenção de *amici curiae* e a organização de audiências públicas – bem dirigidas, é preciso observar, com objetivos e prazos claros etc. –, permitindo-se, assim, que técnicos e especialistas no tema discutido, assim como cidadãos que sofrem e sofrerão impactos oriundos do problema e de suas possíveis soluções possam ofertar contribuições.

²⁶³ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1-58, nov. 1979.

Demais disso, William Fletcher chama a atenção para o seguinte: dar ensejo a que representantes de interesses envolvidos tenham alguma participação na resolução judicial do litígio, para além de ajudar a compreensão do conflito, tende a contribuir, ainda, para incrementar a legitimidade da solução adotada.²⁶⁴ De resto, preocupação com essa espécie de participação favorece também uma postura de maior prudência por parte do Poder Judiciário face a litígios do tipo ora examinado, para que tenha o cuidado de não prejudicar interesses não representados diretamente no debate processual. Num processo, por exemplo, no qual se pretende remediar grave incompatibilidade do sistema penitenciário estadual com o ordenamento jurídico, é preciso ter em vista, para além dessa específica política pública em discussão, ao menos, que o dinheiro público necessário a esta ou aquela solução de que se possa cogitar para o problema poderia ser empregado em outras áreas e políticas públicas (de saúde, de saneamento básico, de educação, entre outras) que podem igualmente encontrar-se em situação de precariedade. Não deve, pois, o Judiciário, em litígios estruturais policêntricos, para sanar certa injuridicidade, descurar de outras partes do ordinariamente complexo quadro mais abrangente no qual o problema com que se defronta precisa ser visualizado.

Bem se vê do exposto que litígios estruturais são muito diversos dos tradicionalmente submetidos a crivo judicial. Por isso, a atuação do Poder Judiciário, mormente depois de ter reconhecido violação a direito, terá de assumir contornos similares aos da atividade do Poder Executivo, na definição do dispositivo da decisão, isto é, para definir o que se determinará ao Poder Público réu e estabelecer um plano para que a determinação seja efetivada. Tal qual faria o Poder Executivo, o Judiciário deve tomar em consideração os interesses e valores implicados no caso, assim como os dados técnicos disponíveis sobre o problema e seu contexto em nível macro.²⁶⁵ É necessário, então, ante o princípio da instrumentalidade, que se possam manejar nesse tipo de processo técnicas processuais adequadas às peculiaridades do direito material e do litígio enfrentados.

A esse propósito, Edilson Vitorelli ressalta a importância da componente negocial em processos estruturais, em boa parte dos quais deve o juiz desempenhar papel “mais como um

²⁶⁴ FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697.

²⁶⁵ FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697.

agente de negociação e de troca, não mediante decisão e imposição”, com consciência de que usualmente enfrentará desafios que podem ser assim resumidos:

1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura.²⁶⁶

Com compreensão similar, Sérgio Cruz Arenhart adverte sobre a insuficiência dos instrumentos do processo tradicional para solução adequada de litígios estruturais. A ideia mesma de lide, a envolver só dois centros de interesses contrapostos (pretensão e resistência) não oferece explicação satisfatória para a realidade dos litígios estruturais. Como decorrência dessa visão dual, a concepção tradicional do princípio da adstrição ou correlação entre demanda e sentença acaba por mostrar-se inadequada à solução de litígios estruturais, pois, de um lado, confina as possibilidades de solução judicial entre os dois extremos marcados pelas posições do autor e do réu e, de outro, não atende à dinâmica comumente mutável desses conflitos, cuja resolução precisa considerar alterações supervenientes ao ajuizamento da ação. Na linha do exposto, a abordagem processual de complexos problemas de direito público reclama visão com maior amplitude, a qual, relativamente a litígios estruturais, necessita abranger os valores e interesses em jogo, posicionados amiúde de modo concorrente, pois a esfera jurídica de muitos terceiros pode ser atingida pela decisão.²⁶⁷

Pense-se em uma demanda em que certa pessoa pretende uma cirurgia de emergência junto ao sistema público de saúde. Ao contrário do que se pode imaginar, este (aparentemente) inocente litígio não é apenas entre o seu direito à saúde (ou à vida) e o interesse à tutela do patrimônio público do Estado. Ele embute em seu seio graves questões de política pública, de alocação de recursos públicos e, *ultima ratio*, de determinação do próprio interesse público. Com efeito, o juiz, ao decidir essa demanda, poderá estar, por exemplo, desalojando da prioridade de cirurgias do Poder Público outro paciente quiçá em estado ainda mais grave do que o autor. Poderá também estar retirando recursos – dinheiro, pessoal, tempo etc. – de outra finalidade

²⁶⁶ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018. *E-book*, n.p.

²⁶⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 225, pp. 389-410, nov. 2013; e 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, pp. 211-229, jul./dez. 2015.

pública essencial. E sem dúvida, estará, sempre, interferindo na gestão da política de saúde local, talvez sem sequer saber a dimensão de sua decisão.²⁶⁸

4.3.1 Formas de incrementar a legitimidade da reestruturação jurisdicional de políticas públicas: dialética processual ampliada e fundamentação judicial robustecida²⁶⁹

Dedicou-se a subseção 1.3, acima, para procurar deixar clara a possibilidade de o Poder Judiciário alterar certa política pública como meio necessário à tutela jurisdicional de direito lesado ou ameaçado, atuação cuja legitimidade se extrai diretamente da Constituição, notadamente de esta ter marcado o Estado brasileiro como uma democracia constitucional. Já se cuidou de salientar, outrossim, a excepcionalidade que qualifica essa forma de atuação jurisdicional, porquanto o desenho e redesenho de políticas públicas decorrem de escolhas – orientadas pelo ordenamento jurídico, é verdade, mas, ainda assim, escolhas – a serem feitas por mandatários eleitos para os Poderes Legislativo e Executivo das três esferas federativas. São esses mandatários que têm legitimidade para, em nome do povo, escolher o que é melhor fazer, como, quando e onde, observadas, repise-se, as balizas traçadas pela Constituição e pelas leis.

William Fletcher, no começo da década de 1980, já indicava que a dificuldade primordial com que o Poder Judiciário depara na reestruturação de organizações públicas está na questão de sua legitimidade para tal tarefa. É que, como exposto, a atividade jurisdicional nesse campo acaba por importar inexoravelmente em escolhas com certa feição política, com ineludível discricionariedade, muito embora a razão de ser e o objetivo da atuação jurisdicional sejam – e devam mesmo sempre ser – a proteção contra ofensa a direito. Diante disso, explica Fletcher, esse modo de exercício da jurisdição pode ser considerado presumivelmente ilegítimo, pois não se submete ao controle do sufrágio popular, seja previamente na escolha dos agentes de decisão, seja quanto a posteriores abusos.²⁷⁰

²⁶⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 225, pp. 389-410, nov. 2013.

²⁶⁹ Parte das ideias expostas nesta subseção foi apresentada pelo autor em artigo elaborado no primeiro ano do Doutorado: NASSAR, Marcos; RIBAS, Lídia Maria. Revisão judicial de políticas públicas e (i)legitimidade democrática: a contribuição de técnicas processuais deliberativas. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, pp. 159-175, nov. 2021.

²⁷⁰ FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697.

Todavia, tal presunção de ilegitimidade resta afastada se os órgãos políticos competentes do Legislativo e do Executivo, incumbidos primariamente das escolhas políticas e decisões discricionárias, tomadas em nome do povo, estiverem em falta séria, inequívoca e crônica em relação ao cumprimento dos deveres que o ordenamento jurídico lhes impõe. A razão que sustenta a legitimidade da atuação jurisdicional nessa hipótese é evidente: é necessário proteger e fazer valer a Constituição, cujas normas, não fosse assim, poderiam ser irremediavelmente violadas. É apenas em tal excepcional hipótese, a qual precisa ser bem demonstrada e fundamentada no processo, que a atuação do Poder Judiciário com os referidos contornos legitima-se.²⁷¹

Contudo, as críticas e os argumentos que se opõem a esse modo de atuação jurisdicional, centrados na ilegitimidade do Poder Judiciário, não devem ser simplesmente olvidados como irrelevantes. A argumentação – na esteira do pensamento de Jeremy Waldron, por exemplo – sintetizada na ideia de que os membros do Poder Judiciário não têm representatividade decorrente das eleições e, por isso, não podem alterar decisões políticas dos representantes eleitos pelo povo, decisões que implicam despesas públicas realizadas com dinheiro recolhido do mesmo povo mediante tributação, não pode de modo algum ser tachada de impertinente, frágil ou desarrazoada.²⁷² Se a solidez dessa linha argumentativa não chega a infirmar o quanto já exposto no sentido de que a Constituição confere ao Poder Judiciário explicitamente a tarefa de controlar, pela perspectiva da juridicidade, os atos dos outros dois Poderes – com a instituição, dessarte, de uma democracia constitucional no país –, é certo, porém, que ao menos aconselha reflexão sobre a adoção de medidas incrementadoras de legitimidade em tais casos judiciais.

É inegável que, como juízes não são eleitos no Brasil, não têm responsabilidade política direta perante os cidadãos. Logo, ao decidir pela alteração de uma política pública, o juiz ou tribunal, isento de tal responsabilidade, acaba por derrogar e substituir a decisão tomada por quem a tem, os representantes do povo, perante este politicamente responsáveis, notadamente ante futura tentativa de reeleição. Demais disso, o argumento contrário, em favor da revisão jurisdicional, centrado no fato de o parâmetro dessa revisão encontrar-se na própria Constituição, nada obstante sua força, deixa vulnerável flanco importante: boa parte do texto

²⁷¹ FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697.

²⁷² WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

constitucional é redigida em linguagem mais ou menos vaga, prene de princípios que buscaram soluções conciliatórias para mundivões e ideologias que se confrontaram na Constituinte, de tal modo que, não raramente, é difícil estabelecer com clareza relação direta de pertinência de uma norma constitucional com dado caso a ser julgado – ou, o que é pior, podem-se estabelecer inúmeras relações igualmente sustentáveis para amparar julgamentos em sentidos diametralmente opostos. Deveras, é palpável, na experiência forense brasileira, a largueza da margem de discricionariedade dos tribunais na interpretação das normas constitucionais. Parecem ser suficientes à demonstração disso as frequentes e notórias mudanças de interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o que diz a Constituição. Nesse contexto, então, não basta, para ilidir o argumento da ilegitimidade judicial, apelar para o caráter jurídico do parâmetro de controle jurisdicional.²⁷³

Em matéria de controle de constitucionalidade, tem-se apontado, como meio de compensação por assim dizer para o déficit de legitimidade democrático-eleitoral do Poder Judiciário, a qualidade da argumentação a amparar a decisão.²⁷⁴ Como o Poder Judiciário, inclusive as supremas cortes, não experimentam, em sistemas jurídicos como o brasileiro, o escrutínio das urnas, sua autoridade e legitimidade ressaem, para além dos textos normativos, da posição de imparcialidade do órgão jurisdicional relativamente às disputas políticas, assim como da fundamentação judicial bem construída sobre a análise do caso e, em especial, sobre o ordenamento jurídico, o qual é produzido por meio da democracia representativa, fundamentação que então, como que por reflexo ou indiretamente, confere justificação democrática à decisão.²⁷⁵ Afora isso, a fundamentação das decisões jurisdicionais exerce um papel legitimador ainda num outro sentido desconectado da ideia de democracia: ela provê

²⁷³ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). In: GARGARELLA, Roberto (org.) *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*.

²⁷⁴ MENDES, Conrado Hubner. Projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53-74; e SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n. 3, 2013, pp. 557-584.

²⁷⁵ Quem concorda com o pensamento de John Rawls no particular diria que essa fundamentação se pauta na ideia de razão pública, a qual justifica o exercício do poder político coercitivo – inclusive o controle de constitucionalidade – numa sociedade democrática de cidadãos livres e iguais. Trata-se de aplicação do que Rawls chama de princípio liberal da legitimidade, que expressa o ideal de “viver politicamente com os outros à luz de razões que é razoável esperar que todos possam aceitar” (RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000, p. 294).

segurança jurídica ao estabelecer a necessária previsibilidade para o planejamento do comportamento futuro de particulares e agentes estatais.²⁷⁶

Nessa ordem de ideias, indica-se, ainda, a qualidade da deliberação como fonte de incremento da legitimação do exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. A deliberação pode ser classificada em interna e externa. A deliberação interna encerra as práticas e esforços de racionalidade e persuasão empreendidos dentro do colegiado, entre seus membros, para a tomada de decisão. As práticas deliberativas externas, por sua vez, constituem também um esforço racional e persuasivo, mas agora direcionado para fora do órgão jurisdicional, para que este, de maneira ativa, torne-se permeável a razões exteriores.²⁷⁷

Em maior detalhamento dessa classificação, Conrado Hubner Mendes explica que às fases deliberativas do julgamento correlacionam-se distintas tarefas deliberativas: à fase pré-decisional corresponde a contestação pública; à decisional, a interação colegiada; e à pós-decisional, a redação da decisão. A fase decisional é interna. Já os momentos pré-decisional e pós-decisional são externos, quando o órgão jurisdicional deve interagir com a esfera pública, o que depende, é claro, de interlocutores externos ativos nesses momentos, mediante oferecimento de argumentos e submissão da decisão tomada a rigorosa análise. Na etapa pré-decisional, em que tem lugar a contestação pública, destacam-se a intervenção de *amici curiae* e a organização de audiências públicas, fomentando-se a participação de interlocutores qualificados para o enriquecimento da deliberação.²⁷⁸

Tais observações acerca da qualidade argumentativa e deliberativa como formas de incremento da legitimidade do exercício jurisdicional do controle de constitucionalidade afiguram-se plenamente cabíveis, outrossim, para a forma de atuação jurisdicional objeto deste trabalho, é dizer, para a alteração judicial de políticas públicas. Primeiro porque a atuação judicial voltada à modificação de política pública não raramente pressupõe controle de constitucionalidade difuso, pois a Constituição contempla vasto rol de direitos fundamentais sociais, assim como, quando menos, o germe de inúmeras políticas públicas, cujas normas,

²⁷⁶ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Amsterdã: Springer, 2003.

²⁷⁷ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, vol. 82, 2004, pp. 1671-1704.

²⁷⁸ MENDES, Conrado Hubner. Projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 53-74.

portanto, podem servir de parâmetro ao controle de constitucionalidade. Segundo – e mais importante – porquanto críticas e argumentos quase idênticos aos opostos ao controle de constitucionalidade são dirigidos contra a possibilidade de modificação judicial de políticas públicas, pois tais críticas e argumentos concentram-se na ilegitimidade democrático-eleitoral dos órgãos jurisdicionais para o desempenho de tais atividades. Note-se, a propósito, que, tanto no controle de constitucionalidade quanto na alteração de política pública, o Poder Judiciário acaba por rever decisões políticas – sempre e necessariamente, contudo, por razões jurídicas – tomadas pelos Poderes ungidos pelo voto popular.

Diante disso, é altamente aconselhável a adoção de mecanismos que contribuam para a legitimidade da atuação judiciária em processos nos quais se discuta mudança em política pública. Não se trata, aliás, de preocupação nova. Desde o início dos estudos sobre processos estruturais há mais de quarenta anos, a necessidade de ampliação da dialética do processo já estava em foco. Owen Fiss, pioneiro nesses estudos, destacava essa necessidade, sugerindo o fomento do litisconsórcio entre coletivos e o ingresso de *amicus curiae* como formas de aumentarem-se as chances de aportarem no processo as diferentes perspectivas e ponderações próprias a cada um dos vários interesses impactados, com a participação de representantes desses interesses.²⁷⁹

Consoante se quis mostrar nas seções 2 e 3, é viável em processos coletivos a adoção de técnicas ampliadoras do debate processual, permitindo-se a participação representativa de grupos e interesses envolvidos, assim como de especialistas no tema, notadamente mediante audiências públicas e admissão de *amici curiae*, técnicas que, de resto, podem ainda auxiliar na formação de respaldo técnico para a solução jurisdicional adotada. Essas técnicas, porém, exigem maior esforço e trabalho não só por parte do juiz e de seus auxiliares como também dos demais envolvidos, além de dispêndio de tempo e dinheiro, razão pela qual não são factíveis em todos e cada um dos feitos instaurados pela miríade de ações individuais – *rectius*, pseudoindividuais (v. *infra* subseção 5.9.3) – cotidianamente aforadas em busca de alteração personalizada de uma política pública.

Não por outra razão, verifica-se que, na prática, tanto audiências públicas quanto *amici curiae* são muito mais encontrados no âmbito da tutela coletiva e nos processos objetivos de

²⁷⁹ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1-58, nov. 1979.

controle de constitucionalidade do que em processos individuais.²⁸⁰ A pertinência e relevância da figura do *amicus curiae* para o direito processual coletivo são, aliás, ressaltadas por Cassio Scarpinella Bueno: “[o] *contexto* de análise dos institutos processuais no âmbito do ‘direito processual *coletivo*’ é mais adequado para o estudo do *amicus curiae*. Pelo menos para a construção da figura no direito brasileiro”.²⁸¹

A necessidade de ampliação do contraditório em processos estruturais, vale registrar, foi salientada em três enunciados aprovados na III Jornada de Direito Processual Civil, promovida em 2023 pelo Conselho da Justiça Federal, evento que contou com seis comissões de trabalho, uma das quais dedicada ao tema “Processo Coletivo e Estrutural”.²⁸² Confirmam-se os enunciados:

Enunciado 220: É necessária a adoção de medidas para a cooperação do Estado e da sociedade civil na construção de soluções para a controvérsia estrutural, mediante participação dos potenciais atingidos e beneficiários da medida estruturante.

Justificativa: [...] é fundamental ouvir os que causam o problema, que apresentam as soluções e que sofrem e se beneficiam da situação-problema. Portanto, é indispensável a preocupação dos sujeitos processuais, essencialmente do magistrado, para viabilizar e assegurar a participação e cooperação dos envolvidos e potenciais atingidos. Ausente a participação e cooperação no processo, não há de se falar em estruturalidade das medidas eventualmente tomadas e, possivelmente, a efetividade da medida restará prejudicada.²⁸³

Enunciado 221: A atuação dialógica e cooperativa do magistrado e demais sujeitos processuais é característica essencial do processo estrutural.²⁸⁴

Enunciado 230: Nas ações coletivas e estruturais ajuizadas pelos legitimados políticos ou institucionais, admite-se a participação dos representantes adequados dos grupos sociais titulares da pretensão coletiva, tais como sindicatos, associações, comunidades

²⁸⁰ O CPC de 2015 permite, no art. 138, a intervenção de *amicus curiae* (“pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada”) em qualquer processo, “considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”.

²⁸¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* e evolução do direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 105-129, p. 122, grifos do autor.

²⁸² Trata-se da Comissão de Trabalho VI – Processo Coletivo e Estrutural, assim composta: Presidente: Ministro Raul Araújo; Relator: Desembargador Federal Edilson Vitorelli; Juristas: Professores Sérgio Cruz Arenhart, Hermes Zaneti Jr. e Desembargador Federal Francisco Roberto Machado; Secretário Executivo: Juiz Fernando da Fonseca Gajardoni; Especialistas: Desembargador Federal Néviton Guedes (TRF1), Desembargador Federal Leonardo Coutinho (TRF5), Procurador do Estado Rommel Barroso da Frota (PGE-CE), Professora Paula Pessoa Pereira (UnB) e Professor Gustavo Osna (UFPR).

²⁸³ FERNANDES, Geraldo Og Nicéas Marques (coord. geral); MARQUES, Mauro Campbell (coord. cient.). *III Jornada de Direito Processual Civil*: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários: 2023, p. 56.

²⁸⁴ FERNANDES, Geraldo Og Nicéas Marques (coord. geral); MARQUES, Mauro Campbell (coord. cient.). *III Jornada de Direito Processual Civil*: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários: 2023, p. 56.

indígenas, quilombolas e povos tradicionais.²⁸⁵

Por outro lado, a exigível fundamentação mais robusta e minuciosa hábil a suportar decisão modificadora de política pública – que contemple satisfatoriamente a complexidade do litígio: entre outros aspectos, os interesses e valores implicados, os argumentos ofertados no processo, as prováveis consequências materiais das soluções aventadas – é inviável na indicada miríade de processos individuais em tramitação, mas é possível em processos estruturais existentes em número não tão elevado – os quais, parece evidente, devem tramitar com prioridade compatível com sua relevância social. Aliás, além de impossível, essa forma qualificada de argumentação não é sequer almejada nos milhares de processos individuais que afetam políticas públicas, em cada um dos quais se costuma focar tão somente a situação individualizada do autor.

Impende assinalar, ainda, que essa fundamentação diferenciada não é exigível apenas pelas razões expostas. Hoje, ela é requerida, em matéria de modificação de políticas públicas, por força de expressas disposições legais, dadas as mudanças que a Lei 13.655/2018 introduziu na LINDB. Com isso, essa última Lei passou, em seu art. 20, a determinar que “sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, bem como que “[a] motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”. Essa exigência foi ainda reforçada no artigo imediato:

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

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

E o art. 22, em acréscimo, passou a prever, de resto, que, “[n]a interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

²⁸⁵ FERNANDES, Geraldo Og Nicéas Marques (coord. geral); MARQUES, Mauro Campbell (coord. cient.). *III Jornada de Direito Processual Civil: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários: 2023, p. 63.

4.4 DISPOSITIVO SENTENCIAL E EXECUÇÃO DA DECISÃO ESTRUTURAL

A partir do caso *Brown*, o Poder Judiciário norte-americano, nos litígios cuja resolução implicava uma reestruturação institucional, passou a valer-se habitualmente de *injunctions*, ordens endereçadas ao Poder Público réu para que praticasse ou omitisse dada conduta, algumas vezes com abordagem prospectiva, isto é, voltada a evitar ilícito futuro, sua repetição ou, ainda, continuação. Por isso, tais ordens não se dirigem sempre contra ilícito consumado, mas, algumas vezes, contra ameaça de sua concretização, a qual, nesses casos, sucederá apenas se a ordem restar desobedecida.²⁸⁶

Dessa forma, a *injunction* tornou-se técnica processual corrente em processos estruturais. Nas decisões em que emitidas essas ordens, normalmente não se antecipam de forma analítica todas as atividades que o réu deve realizar em satisfação do direito tutelado. Como regra, delimita-se somente o resultado a ser obtido, para que o Poder Público réu possa escolher, com discricionariedade, os meios para tanto. O Poder Judiciário, então, passa a acompanhar e fiscalizar as atividades levadas a efeito pelo réu e os resultados respectivos, podendo para isso valer-se da designação de um terceiro (outro ente ou órgão público, por exemplo). Com isso, é comum que a fase de execução da decisão prolongue-se significativamente mais que o usual e contenha deliberações relevantes sobre a tutela do direito, tomadas com ativa participação das partes.²⁸⁷

Logo se vê, assim, que a fase executiva de processos estruturais tende a ser bem mais complexa que a dos processos tradicionais. Em geral, não se trata apenas de dar cumprimento a uma decisão judicial detalhada, mas também de determinar novas medidas e, às vezes, alterar o modo de cumprimento da decisão. Há situações em que a eliminação da situação de antijuridicidade mediante reorganização institucional só é possível de maneira paulatina. Ademais, no curso do cumprimento da decisão, podem ocorrer e realmente ocorrem – uma vez que esse cumprimento costuma estender-se no tempo – circunstâncias imprevistas. Donde o imperativo não incomum de revisarem-se as medidas executivas fixadas inicialmente na

²⁸⁶ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1-58, nov. 1979.

²⁸⁷ VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 69-90.

decisão que veiculou a *injunction* estrutural, seja porque elas se mostraram inefetivas, seja porque se revelaram excessivamente onerosas, seja, ainda, pela superveniência de circunstâncias que indicam a adequação de outras medidas executivas.²⁸⁸ Sobre isso, confira-se a síntese apresentada por Desirê Bauermann acerca da execução estrutural nos Estados Unidos:

Para delinear a forma como se dará a execução das *structural injunctions*, os juízes norte-americanos devem se guiar pelos princípios da *equity*, que se caracteriza pela flexibilidade oferecida ao Judiciário para que formate as medidas a serem utilizadas para o atendimento do direito de acordo com o caso concreto, e também pela facilidade com que conciliam e ajustam necessidades públicas e privadas. Esse entendimento se justifica porque são necessários meios processuais executórios que possam ser alterados no decorrer da implementação da medida determinada, adequando-se à realidade, que está em constante mudança.²⁸⁹

Consoante já se buscou frisar, a reforma estrutural não é senão atividade instrumental necessária à tutela de direitos cuja lesão ou ameaça foi judicialmente reconhecida. As medidas executivas determinadas com o fim de dar-se remédio à situação de injuridicidade constatada, tidas como as mais apropriadas num primeiro momento, podem, no intrincado itinerário rumo ao rearranjo organizacional visado, evidenciar-se menos adequadas que outras capazes de melhor alcançar o objetivo almejado. Owen Fiss frisa que a definição dos meios executivos para chegar ao objetivo fixado na primeira decisão raramente é simples e fácil, em especial porque frequentemente se apresentam diversos caminhos alternativos franqueados à tentativa de alcance desse objetivo, sem, porém, que seja possível visualizar claramente de antemão todo o percurso de cada um. Assim, a escolha da medida executiva mais adequada pode pautar-se, em alguns casos, em raciocínio estratégico e em ponderações sobre os resultados possíveis quando é altamente improvável a consecução de resultado perfeito ou ideal.²⁹⁰

4.4.1 Não pormenorização do dispositivo

Nos Estados Unidos, observa-se em processos estruturais que, após o reconhecimento de ofensa ao direito alegado, com julgamento de procedência, comumente não é desde logo proferida sentença detalhada acerca da forma de tutela do direito. Antes, sói ser proferida uma

²⁸⁸ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1-58, nov. 1979.

²⁸⁹ BAUERMAN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 69.

²⁹⁰ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1-58, nov. 1979.

decisão inicial pouco pormenorizada, apenas com ordem para que Poder Público demandado promova a remodelação institucional necessária à cessão ou reparação da injuridicidade. Muitas vezes, essa ordem genérica faz-se acompanhar pela determinação de que o réu apresente um plano para cumpri-la. E já no curso da execução dessa primeira decisão, é normal a emissão pelo órgão jurisdicional de novas determinações, desta feita mais minudentes e específicas, na direção do grande alvo determinado no dispositivo daquela decisão.

Owen Fiss, em texto mais recente, a par de remarcar a complexidade da execução estrutural, chama a atenção para a centralidade ali da ideia de “remédio efetivo”. Para tanto, com o fim de “reformular a estrutura interna da organização”, o juízo “utilizará a *injunction* como instrumento primário para efetuar e administrar essa reconstrução”.²⁹¹ As *injunctions* em geral podem receber formulação positiva ou negativa. Em processos estruturais em particular, a injunção positiva é a regra: emite-se uma ordem para que o réu promova a reestruturação necessária. Trata-se da injunção estrutural (*structural injunction*), cuja enunciação não prescinde, na linha do que se vem expondo, de aportes técnicos e, em geral, de alguma dose de estratégia.²⁹²

Portanto, como regra, recomenda-se a prolação de sentença estrutural – ou decisão provisória estrutural – cujo dispositivo enuncie ordem de fazer com objetivo definido, mas sem forma de execução detalhada. Cuida-se, por exemplo, de ordenar que o ente público réu promova dada alteração na política pública em discussão, para proteção do direito declarado na sentença, mas sem especificar, nesse primeiro momento, como fazê-lo. Aí estaria a *structural injunction*, com a fixação do fim colimado. Na sequência, quando do cumprimento da sentença, outras *injunctions* – ordens de fazer ou não fazer – ou a determinação de outras medidas executivas mais precisas podem ser necessárias.

Sobre esse aspecto do provimento jurisdicional estrutural, isto é, sobre o grau de detalhamento e especificação da determinação nele contida, Mark Tushnet apresenta interessante análise. O autor separa as decisões e medidas executivas usualmente adjetivadas como estruturais em duas classes, as ordens ou medidas fracas (*weak-form injunctions*, *weak-*

²⁹¹ FISS, Owen. Fazendo da constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 773-798, pp. 781 e 782.

²⁹² FISS, Owen. Fazendo da constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 773-798.

form review ou *weak-form remedies*) e as fortes ou estruturais (*structural injunctions*). Estas últimas seriam mais prescritivas, específicas e detalhadas do que as primeiras.²⁹³ Exemplo de ordens e medidas judiciais fracas é encontrado, segundo Tushnet, no caso *Grootboom*, apreciado no ano 2000 pela Corte Constitucional sul-africana, cujo julgamento veiculou ordem dirigida ao governo para que elaborasse plano para viabilizar, com a maior celeridade possível, moradia àqueles em urgente necessidade. Não houve aí ordem forte ou estrutural porque não se especificou que o plano deveria contemplar certo número de moradias a serem construídas no exercício fiscal subsequente ou outra forma de maior detalhamento.²⁹⁴

A observação da experiência judicial norte-americana revela que, ao longo do tempo, passou-se gradualmente de decisões fracas para decisões fortes ou estruturais. Encontram-se duas razões para essa mudança: em primeiro lugar, a resistência oposta pelo governo ao acatamento a ordens fracas, a qual naturalmente conduziu a ordens judiciais mais específicas e detalhadas; e, em segundo, a paulatina acumulação de experiência e aprendizado por parte do Poder Judiciário quanto ao que funciona melhor em cada tipo de caso. De resto, quanto mais específicas e minudentes são as ordens judiciais realizadas, mais fácil e simples é sua fiscalização judicial, a fim de verificar-se se foram ou não cumpridas.²⁹⁵

Nada obstante, é preciso ponderar, ainda com Mark Tushnet, que ordens e medidas fracas são melhores nos casos em que decisões mais prescritivas, específicas e detalhadas padeceriam de forte resistência política. Isso porque a *weak-form injunction* garante ao governo faltoso considerável margem de decisão, ou seja, a despeito de a ordem pressioná-lo a atuar na direção de certo fim, deixa a seu critério a escolha das medidas concretas para atingir esse fim. Sustenta opinião análoga a jurista Mariela Puga:

As boas razões para autocontenção quanto ao remédio jurisdicional a adotar são sempre de raiz pragmática. A melhor de todas, a meu ver, é o que tem a ver com a falta do respaldo político necessário para alcançar a plena realização da *pretensão regulatória*. Em outras palavras, uma boa razão para não implementar remédio muito ambicioso apresenta-se quando é altamente plausível que a decisão não será apenas resistida pelo(s) destinatário(s) eventual(is) da(s) ordem(ns) regulatória(s), mas também que as forças políticas (ou fatores políticos como os mencionados no ponto 5 do capítulo IV), sejam formais ou informais, vinculadas ao remédio adotado, estão

²⁹³ O cumprimento de ambas se protraí temporalmente, o que as distingue das categorias que o autor chama de *individual actions* e *negative injunctions*.

²⁹⁴ TUSHNET, Mark. A Response to David Landau – Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement, 53 HARV. INT’L L.J. 189 (2012). In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 58-67.

²⁹⁵ TUSHNET, Mark. A Response to David Landau – Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement, 53 HARV. INT’L L.J. 189 (2012). In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 58-67.

dispostos a resistir ou a endossar a resistência.²⁹⁶

Além disso, essa postura de autocontenção judicial na definição de medidas executivas pode ainda apresentar outra ordem de vantagens: em litígios estruturais muito complexos, pode suceder que o órgão jurisdicional não tenha condições de especificar de imediato as medidas que devem ser implementadas para a tutela do direito reconhecido. Assim, uma primeira decisão mais aberta permite ao juízo, no acompanhamento das atividades realizadas em seu cumprimento pelo ente público demandado, aprender mais sobre a situação e suas peculiaridades técnicas, de sorte a estar apto a, caso isto se mostre necessário, detalhar mais num passo subsequente as medidas executivas apropriadas.²⁹⁷

Apesar de essa classificação que distingue ordens fracas e fortes (ou estruturais) não ser adotada no presente texto – pois, na linha do acima exposto, todas são, afinal de contas, estruturais, dado seu objetivo –, são muito úteis e pertinentes as observações de Mark Tushnet acerca da maior adequação, num primeiro momento, de um comando menos detalhado para casos envoltos em grande controvérsia política ou altamente complexos. Essas observações, aliás, alinham-se com o que se expôs acima sobre os problemas relacionados à legitimidade da atuação judicial alteradora de políticas públicas e à policentralidade dos litígios estruturais, tudo a recomendar tanto a cautelosa apreensão global dos aspectos do conflito quanto a busca por soluções negociadas, com a ativa participação do governo.

Também se encontram na doutrina brasileira ponderações de mesmo jaez, sobre as vantagens de um primeiro provimento estrutural mais genérico. Nesse sentido, Edilson Vitorelli salienta que, com esse provimento mais aberto, o Poder Judiciário evita substituir-se ao Poder primariamente incumbido de levar a efeito a política pública, garantindo-lhe, pelo menos

²⁹⁶ PUGA, Mariela G. *Litigio estructural*. 2013. 328 f. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2013, p. 269, tradução nossa. No original: “Las buenas razones para la restricción remedial son siempre de raíz pragmática. La mejor de todas ellas, según lo veo, es aquella que tiene que ver con la falta del respaldo político necesario para alcanzar la plena realización de la *pretensión regulativa*. Es decir, una buena razón para no instalar una tecnología remedial ambiciosa es cuando resulta altamente plausible que la decisión no sólo será resistida por el/los eventuales sujetos destinatario/s de la/s *orden/es regulativa/s*, sino que, además, las fuerzas políticas (o factores políticos como los mencionados en el punto 5, del capítulo IV), ya sean formales o informales, vinculados a esa regulación remedial, estén dispuestos a resistirla, o a avalar la resistencia.” Sobre a experiência argentina com processos estruturais, em especial o caso Mendoza, de direito ambiental, cf. VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 287-319.

²⁹⁷ TUSHNET, Mark. A Response to David Landau – Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement, 53 HARV. INT’L L.J. 189 (2012). In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 58-67.

inicialmente, estabelecer com discricionariedade os melhores mecanismos para a consecução do fim determinado na decisão. Da mesma forma, frisa também que um provimento com esse perfil pode mostrar-se muito útil em face de litígios tecnicamente muito complexos, em cuja solução incursões judiciais precipitadas quanto à forma e aos meios a serem adotados podem ser desastrosas. Nesses casos, é aconselhável que primeiro se oportunize ao ente público réu, que naturalmente detém maior domínio da complexidade técnica envolvida, tomar as decisões instrumentais para alcançar o objetivo fixado.²⁹⁸ O autor aponta, por outro lado, desvantagens potenciais desse comportamento judicial:

se, como recomendam muitos autores, o juiz se limita a estabelecer uma meta final, deixando para o réu a definição das providências para alcançá-la, é possível que os métodos adotados não sejam nem os melhores, nem os mais rápidos, nem os que fornecem resultados mais duradouros.²⁹⁹

A despeito de esse risco referido por Edilson Vitorelli de fato existir, parece que deve ser assumido na maioria dos casos. É que, na linha do exposto acima, o que Vitorelli também sublinha, há processos estruturais em que, na fase executiva mormente, é inviável que o juízo pautе sua atuação apenas na aferição da legalidade ou ilegalidade dos meios para atingir o fim tido por devido, porquanto podem estar presentes empecilhos factuais à consecução do ideal normativo.³⁰⁰ Nesses casos, com certa dose de estratégia, convém que, tendo em mira esse ideal, seja buscada resolução que mais dele se aproxime, ou seja, a melhor possível. Portanto, se, por um lado, muitas vezes inexistе norte normativo claro a orientar a atuação jurisdicional quanto à forma da execução estrutural e, por outro, pode ser faticamente impossível alcançar o objetivo ideal juridicamente estabelecido (e judicialmente reconhecido), afigura-se adequado, ao menos num primeiro momento, deixar a discricionariedade relativamente às escolhas dos meios a serem empregados em direção àquele objetivo ao governo, sede primária do poder discricionário para tais escolhas.

Essa falta de seguras diretrizes normativas com que depara o juízo algumas vezes em processos estruturais é ideia retomada por Edilson Vitorelli noutro trabalho, em que ele afirma:

²⁹⁸ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 269-323.

²⁹⁹ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 269-323, p. 303.

³⁰⁰ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 269-323.

“um litígio estrutural não se resolve na lógica lícito-ilícito”.³⁰¹ Nesse particular, em consonância com o que já se espera ter deixado claro, só se pode concordar em parte com tal afirmação. Ela se afigura correta apenas no que se refere à forma de implementação do provimento estrutural, para a qual é comum inexistirem parâmetros normativos explícitos. Isto é, apenas se pode reputar acorde com o direito uma modificação judicial em política pública se ela for precedida de clara e robusta demonstração argumentativa de que se cuida de meio necessário à proteção de direito lesado ou ameaçado. Caso contrário, falece ao Poder Judiciário amparo jurídico para fazer escolhas quanto ao que é melhor ou pior em relação às políticas públicas; essas escolhas cabem aos Poderes Legislativo e Executivo, compostos por representantes eleitos para fazê-las.

Quer dizer, somente a constatação de injuridicidade a ser sanada legítima juridicamente a atuação judicial em tal seara. Entretanto, o *iter* jurisdicional a ser trilhado para remediar-se a lesão ou ameaça a direito não prescindirá muitas vezes de alguma dose de criatividade, ante a ausência de balizas jurídicas precisas. Em tal situação, o fundamento jurídico para uma atuação jurisdicional criativa está no imperativo constitucional de dispensar efetiva tutela ao direito: há de implementar-se remédio jurisdicional adequado, mesmo que não delineado explicitamente no ordenamento jurídico. Portanto, em tal aspecto, e nele somente, é correta a ideia de que a resolução de litígios estruturais pode escapar à lógica da legalidade ou ilegalidade – no sentido amplo de juridicidade ou injuridicidade, de compatibilidade ou não com o ordenamento jurídico – que deve presidir a atuação judicante.

Um primeiro comando sentencial mais aberto harmoniza-se também com a verificação de que processos estruturais demoram não raramente maior tempo até o alcance dos resultados fixados na sentença. Com isso, é comum que, já no decorrer do cumprimento da sentença estrutural, surja a necessidade de prolação de decisões com grau de detalhamento mais elevado. Não se pode negar, neste passo, que essa tendência à maior demora do processo estrutural, aliada à maior complexidade nele envolvida, encontra obstáculo importante na atual realidade de sobrecarga da maioria das varas judiciais do país, via de regra não especializadas em tutela coletiva e sob pressão das metas fixadas pelo CNJ. Contudo, os litígios estruturais não desaparecerão da realidade em razão das dificuldades do Poder Judiciário, o qual de um jeito ou outro lhes dispensará algum tratamento, adequado ou não.³⁰²

³⁰¹ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 133.

³⁰² VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020.

Quadra referir a compreensão de Vitorelli de que, muito embora usualmente utilizada nos Estados Unidos, essa estratégia de formulação de um comando inicial menos detalhado é tendencialmente inefetiva no Brasil, porquanto aqui seria mais marcada a cisão entre cognição e execução, de tal modo que poderia o réu resistir na fase de cumprimento ao acatamento de decisões posteriores à sentença sob alegação de que desbordam do conteúdo do título executivo. Em acréscimo, afirma o autor que o tempo normalmente dispendido com julgamento de recursos no processo civil brasileiro, o que habitualmente precede a fase executiva, pode subtrair o sentido da tutela jurisdicional definida anos antes. Assim, seria mais adequado conferir tutela provisória ao direito, com determinação de medidas voltadas à sua proteção efetiva.³⁰³

Não se pode secundar, porém, no particular, o pensamento do autor. Como se busca demonstrar à frente, a atual disciplina normativa dos provimentos jurisdicionais executivos e mandamentais admite cognição bastante na fase executiva para determinação de medidas executivas outras que não as determinadas na sentença, sem qualquer incompatibilidade com os limites dados pelo título executivo ou pela coisa julgada. Assim, não parece que um primeiro comando estrutural mais genérico possa gerar inefetividade no processo civil pátrio, até porque se franqueia ao juízo, mediante requerimento da parte, a concessão de tutela provisória na sentença.

É mister, diante do exposto, na linha do que sustenta Leandro Giannini, que o juízo, na elaboração de sentença estrutural, paute-se pela busca de equilíbrio entre dois extremos, evitando, de um lado, substituir de pronto o Poder Público primariamente competente e, de outro, meramente exortar-lhe a agir de tal ou qual maneira, na absoluta dependência da boa vontade do destinatário da exortação. Esse equilíbrio parece alcançável mediante progressiva determinação judicial de apresentação e concretização de planos de ação, sob supervisão do juízo.³⁰⁴

Ou seja, após verificar ofensa a direito, o juízo determina sua cessação ou reparação. Se a causa for complexa e a instrução probatória realizada não deixar claro o melhor caminho

³⁰³ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 269-323.

³⁰⁴ GIANNINI, Leandro J. Litigio estructural y control judicial de políticas públicas: lograr el equilibrio sin destruir la balanza. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 147-156.

a ser percorrido para atingir-se esse objetivo, pode o juízo na sentença ordenar ao réu que, após diálogo entre as partes, Ministério Público e *amici curiae* – tudo mediado pelo juízo –, ofereça plano de ação com metas, cronograma etc. a ser submetido à aprovação judicial.³⁰⁵ É viável, em tais casos, que o juízo solicite a entes ou órgãos com especialidade na matéria versada (por exemplo, departamentos de universidades, controladorias do Estado ou da União), ainda que não sejam intervenientes na condição de *amici curiae*, contribuição para formulação e análise do plano, bem como para fiscalização de sua implementação, tudo sob supervisão judicial.³⁰⁶ É possível, por fim, que, no cumprimento da sentença estrutural, dadas medidas definidas mostrem-se insuficientes ou inadequadas, impondo-se, com isso, a adoção de outras medidas mais adequadas a dar remédio à violação do direito.³⁰⁷

4.4.2 Componentes dialógica e cognitiva no cumprimento da sentença estrutural

No processo estrutural, a execução corresponde à concretização da reestruturação institucional. A complexidade do cumprimento da sentença estrutural deriva notadamente da

³⁰⁵ Sobre essa espécie de determinação, para que o réu apresente um plano de ação, cf. enunciado aprovado na III Jornada de Direito Processual Civil, em 2023: “Enunciado 225: Nos processos estruturais admite-se ao legitimado formular pedido de elaboração e implementação de um plano de recomposição institucional, pelo réu ou terceiro, que, após oitiva dos interessados e eventuais ajustes, será homologado, passando a servir como meta da intervenção na instituição ou política cuja reestruturação se faz necessária.” (FERNANDES, Geraldo Og Nicéas Marques (coord. geral); MARQUES, Mauro Campbell (coord. cient.). *III Jornada de Direito Processual Civil: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários: 2023, p. 59).

³⁰⁶ Nesse sentido, cf. enunciado aprovado na III Jornada de Direito Processual Civil, em 2023: “Enunciado 231: A cooperação interinstitucional é uma forma de consecução dos processos estruturais e deve ser sempre estimulada. Justificativa: A cooperação interinstitucional permite a efetivação dos processos estruturais, podendo-se citar a boa prática da ACP do Carvão (Tribunal Regional da 4ª Região TRF4. Ação Civil Pública n. 93.8000533-4) em que foram contactados o Ministério do Meio Ambiente e o Departamento Nacional de Produção Mineral-DNPM – hoje Agência Nacional de Mineração (ANM). Os dois agentes cooperadores alavancaram elementos no sentido de quais ações deveriam ser adotadas a curto, médio e longo prazo por partes dos réus, em prol da recuperação do ambiente degradado, auxiliando o MPF. Também se menciona a ADPF 709 (Relator Min. Barroso), em que o plano de enfrentamento de Covid-19 para os povos indígenas brasileiros envolve uma série de entidades que podem contribuir para o sucesso do plano, e foram intimados pelo Min. Relator, promovendo-se uma grande articulação interinstitucional – Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), Fundação Oswaldo Cruz Fiocruz, Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Justiça e Defensoria Pública da União, além dos *amici curiae*. Doutrina: Sergio Arenhart; Edilson Vitorelli; Fredie Didier Jr; Leandro Fernandez; Marco Jobim e Micaela Linke. Fundamentação jurídica: art. 5º, incisos LIV e LV, da CF; arts. 20 a 23 da LINDB; arts. 6º, 8º e 67 do CPC; e Resolução n. 350/2020 CNJ.” (FERNANDES, Geraldo Og Nicéas Marques (coord. geral); MARQUES, Mauro Campbell (coord. cient.). *III Jornada de Direito Processual Civil: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários: 2023, p. 64).

³⁰⁷ GIANNINI, Leandro J. Litigio estructural y control judicial de políticas públicas: lograr el equilibrio sin destruir la balanza. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 147-156.

frequente existência de vários caminhos possíveis para a tutela do direito cuja ofensa foi constatada, no mais das vezes sem sinalização clara a respeito pelo direito, consoante explicado na subseção precedente. Com isso, decisões tomadas no decurso da fase executiva do processo estrutural implicam muitas vezes relevante atividade cognitiva por parte do órgão jurisdicional. Com efeito, todo o acima exposto relativamente ao caráter policêntrico dos litígios estruturais, à necessidade de apreensão dos elementos envolvidos, ao diálogo, à negociação e à busca por consenso, bem como ao imperativo de a decisão escorar-se em fundamentação mais robusta, tudo isso aplica-se pelas mesmas razões à fase de cumprimento da sentença estrutural.

Nesse contexto, Edilson Vitorelli sublinha a importância da ampliação do diálogo processual na execução estrutural, mediante, entre outras técnicas, audiências públicas, reuniões, atuação de *amicus curiae*.³⁰⁸ Em especial nos casos em que se optar por uma sentença com comando menos detalhado, mais centrado no fim colimado do que nos meios predispostos a tanto, é bastante relevante que se viabilize participação processual dos segmentos sociais envolvidos, assim como se atente para a qualidade deliberativa, porquanto é na execução, em tais casos, que a tutela jurisdicional receberá contornos mais definidos, por meio de decisões que estabelecerão os meios concretos para atingimento do fim determinado na sentença.

Uma primeira olhada para tais sentenças estruturais mais abertas, seguidas de uma fase executiva marcada por importante atividade jurisdicional cognitiva, pode levar à conclusão de que se trataria aí de condenação genérica, que precisaria de uma seguinte fase de liquidação, sem embargo de a letra do art. 509 do CPC cuidar somente da hipótese de condenações pecuniárias ilíquidas.³⁰⁹

Não parece correta tal compreensão. A eficácia preponderante da sentença estrutural não é condenatória pura, muito menos condenatória ao pagamento de quantia; antes, como se pretende expor na sequência, é executiva ou mandamental, por veicular ordem de fazer ou determinação de medidas executivas coercitivas ou sub-rogatórias com vistas ao alcance de um fazer. Ademais, mesmo que o dispositivo da sentença seja menos pormenorizado, há reconhecimento da ofensa ao direito e determinação de sua tutela mediante um fazer – por

³⁰⁸ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 269-323.

³⁰⁹ Com tal compreensão, cf. FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 157-177.

exemplo, determinação para que o réu apresente, em tal prazo, plano para reorganização da política pública em exame, a fim de sanar a injuridicidade constatada. E o regramento da execução de sentenças executivas e mandamentais possibilita alteração dos meios executivos predispostos na sentença à consecução da tutela específica ou pelo resultado prático equivalente. Não se cuida aí, pois, de liquidação da sentença a preceder a fase executiva, mas sim da própria execução, levada a efeito consoante dispõe o CPC, como exposto à frente.

Ainda no que se refere à importância da componente dialógica em processos estruturais, tem-se observado que o papel do juízo deve incorporar em boa medida características de um administrador, em especial na fase executiva.³¹⁰ Edilson Vitorelli ressalta as vantagens dessa postura judicial em execuções estruturais:

A atividade jurisdicional passa a se assemelhar mais com os debates comuns em órgãos administrativos e legislativos do que com aquilo que tradicionalmente ocorre em um processo judicial. Isso ajuda a contornar o problema do grande número de pessoas que serão impactadas pelo processo e a diversidade de situações fáticas nas quais elas se encontram, [bem como a] registrar insatisfações, verificar se a solução pretendida é razoavelmente factível, apontar falhas nas propostas ou indicar alternativas. Além disso, o modelo também permite que os fatos sejam constantemente reanalisados, já que os contextos dos litígios estruturais são, por natureza, mutáveis.³¹¹

Adicionalmente, tal postura judicial apresenta ainda relevante aspecto positivo: considerada a excepcional legitimidade do Poder Judiciário para promover alterações em políticas públicas, somada à complexidade das causas estruturais, é sempre preferível a busca pelo convencimento e pelo consenso, inclusive na fase executiva do processo estrutural – em que comumente importantes questões são decididas acerca do modo de tutela do direito –, de sorte que os Poderes primariamente competentes para o trato da matéria possam, eles mesmos, desincumbir-se de seus deveres, mediante provocação judicial, mas sem que a atuação jurisdicional tenha de substituir-se direta e completamente à do órgão competente na deliberação meritória acerca do “como fazer”. Para tanto, pode ser útil a adoção de meios coercitivos:

As medidas vão desde solicitar planos aceitáveis das partes e permitir que o réu escolha um dentre eles, até ameaçar com *contempt* se o réu se recusar a escolher e implementar um plano aceitável, bem como ameaçar fechar uma prisão ou libertar prisioneiros se o Estado recusar-se a melhorar suas condições, e até ameaçar nomear um administrador para assumir a função política que o réu fálhou em realizar. Para que esses mecanismos funcionem, as ameaças do órgão jurisdicional devem ter credibilidade suficiente para que os órgãos políticos prefiram resolver o problema a

³¹⁰ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1-58, nov. 1979.

³¹¹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018. *E-book*, n.p.

correr o risco de o juízo resolvê-lo por eles. Essa credibilidade depende, em última análise, de o Judiciário ter o poder legítimo, em circunstâncias excepcionais, para assim agir. De fato, o maior benefício de legitimar esse tipo de atuação judicial talvez não seja permitir que o Judiciário atue efetiva e diretamente, mas sim obrigar os órgãos políticos a cumprirem eles próprios suas funções.³¹²

Há, de resto, uma outra razão, pragmática, para que o juízo incentive negociação e consenso nas execuções estruturais em matéria de políticas públicas: como visto, trata-se de tarefa árdua e complexa (pois há entraves técnicos, administrativos, políticos, orçamentários etc.), de maneira que o risco de inefetividade da tutela jurisdicional faz-se bem presente. Os mecanismos tradicionais de execução forçada podem mostrar-se, na prática, pouco efetivos, mesmo os que, à primeira vista, aparentam grande vigor. Não por outra razão, Eduardo José da Fonseca Costa sugere para tais casos a adoção de “execução negociada”, que contemple “um acordo sobre o cumprimento voluntário da decisão liminar ou da sentença dentro de um *cronograma*”, mediante “a fixação fracionada e negociada de prazos flexíveis e revisáveis para cada etapa de um cronograma de cumprimento voluntário”.³¹³

Esse modo de efetivação da decisão parece encontrar plena acolhida no texto do CPC, que, como se verá em subseção abaixo, estabelece a atipicidade dos meios executivos necessários à realização de prestações de fazer e não fazer, além de vivamente incentivar soluções consensuais – “sempre que possível” (§ 2º do art. 3º) e “a qualquer tempo” (inciso V do art. 139).

Neste passo, cumpre lembrar, com Ada Pellegrini Grinover, que, contra o Poder Público, muitas coercitivas não costumam apresentar boa efetividade, já que pesam sobre o patrimônio público e sua execução submete-se à sistemática de precatórios. É fácil perceber a razão pela qual *astreintes* soem exercer pouca pressão sobre o gestor público, o qual, em tese, pode até vir a ser responsabilizado pela multa satisfeita pelo erário, mas só muito depois e em

³¹² FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697, mar. 1982, pp. 695-696, tradução nossa. No original: “They range from soliciting acceptable plans from the parties and permitting the defendant to choose among them, to threatening contempt if a defendant refuses to choose and implement an acceptable plan, to threatening to close a prison facility or to release prisoners if the state refuses to improve conditions, and even to threatening to appoint a receiver to take over the political function that the defendant has failed to perform. For these mechanisms to work, the threats of the district court must have enough credibility that the political bodies will prefer to solve the problem rather than run the risk of having the court solve it for them. Such credibility depends ultimately on the court having the legitimate power in exceptional circumstances to do so. Indeed, the greatest benefit of legitimating judicial remedial power may not be that it permits the court to act, but rather that it may force the political bodies to perform their functions.”

³¹³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo, *Revista de Processo*, RT, São Paulo, v. 212, pp. 25-56, out. 2012. *E-book*, n.p., grifo do autor.

demanda de regresso proposta pelo Poder Público. Diferentemente, não é improvável que o gestor público se veja pressionado ante a configuração, em tese, pela não observância da decisão judicial, de: *contempt of court*, que pode conduzir à aplicação de multa a ser suportada pelo agente descumpridor (art. 77 do CPC); causa para intervenção federal ou estadual (arts. 34, VI, e 35, IV, da Constituição); e delito de desobediência (art. 330 do Código Penal ou art. 1º, XIV, do Decreto-Lei 201/67).³¹⁴

De todo modo, parecem inegáveis os benefícios de conferir-se preferência à efetivação negociada da sentença estrutural, conforme plano entabulado pelas partes por provocação e sob supervisão do juízo. Em certos casos, convém ainda que especialistas sejam ouvidos a respeito de caminhos viáveis e seus prováveis pontos de chegada. Ademais, em situações mais complexas, pode ser útil nomeação de terceiro incumbido de acompanhar e fiscalizar a concretização do plano traçado ou mesmo, excepcionalmente, de cumpri-lo diretamente – por exemplo, designação de alguém para provisoriamente administrar nosocômio psiquiátrico ou penitenciária. Esse terceiro pode ser uma pessoa, um grupo, órgão ou ente, que em todo caso deve agir sob estreita supervisão judicial. Além do mais, como já sinalizado, a efetivação do provimento estrutural pode durar anos, nos quais periodicamente precisarão ser apresentados relatórios para reanálise da situação, cujas contingências poderão conduzir a readequações nos meios executivos determinados.³¹⁵

Como facilmente se percebe, essa postura judicial mediadora, em busca de soluções negociadas e consensuais quanto aos meios da execução estrutural, depende diretamente da postura assumida pelo ente público réu, cuja colaboração é imprescindível para êxito de tal abordagem. Assim, pode-se dizer que a maior ou menor colaboração do réu consiste num dos principais nortes para a definição da atividade executiva:

As técnicas de implementação e fiscalização do plano dependem das circunstâncias do caso. Quanto maior for o grau de colaboração, maior será a possibilidade de contar com o réu para essas atividades. Se esse não for o cenário, é possível utilizar administradores judiciais, peritos, grupos externos de observação e fiscalização, além dos relatórios periódicos.³¹⁶

³¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 125-150.

³¹⁵ FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697, mar. 1982.

³¹⁶ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 299.

Relativamente à mencionada figura do terceiro em auxílio ao juízo na execução estrutural, seja acompanhando e fiscalizando, seja administrando a implementação da decisão estrutural, vale mencionar cuidar-se de técnica utilizada há muitos anos no processo civil estadunidense, no qual se denomina esse terceiro como *special master*, um representante do órgão jurisdicional por este designado para dada atividade, com certa autonomia, sempre sob supervisão judicial.³¹⁷ Cuida-se de indivíduos, órgãos ou entes que funcionam como *longa manus* do juízo, normalmente indicados em vista da maior complexidade técnica do caso, cujas tarefas desenvolvem-se no curso do cumprimento da decisão sob próxima supervisão judicial, uma vez que apenas o órgão jurisdicional tem legitimidade constitucional para levar a efeito a modificação da política pública necessária à proteção do direito ofendido, atuação que não pode ser objeto de integral delegação, mas pode perfeitamente ser desempenhada mediante auxílio técnico.

Encontra-se exemplo da utilização dessa técnica processual de execução no já mencionado caso *Grootboom*, julgado em 2000 pela Corte Constitucional sul-africana, que dirigiu ordem genérica (sem detalhamento das medidas a serem tomadas) ao governo no sentido de que elaborasse plano para viabilizar, com a maior celeridade possível, moradia àqueles em urgente necessidade no país. O acompanhamento e a fiscalização do cumprimento dessa ordem foram atribuídos a um órgão técnico considerado independente e respeitado na África do Sul, a *Human Rights Commission*, para atuação auxiliar sob supervisão do Tribunal.³¹⁸

Convém referir, finalmente, que, não obstante pareça desnecessária previsão legal expressa a respeito – como se intenta explicar à frente –, essa figura do terceiro que auxilia o órgão jurisdicional na execução estrutural envolvendo políticas públicas ganhará regra explícita caso se torne lei o indigitado Projeto de Lei n. 8058/2014,³¹⁹ voltado ao regramento de processos judiciais para revisão de políticas públicas. O art. 2º, parágrafo único, inciso XI de seu texto estabelece a possibilidade de “acompanhamento do cumprimento das decisões por

³¹⁷ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1-58, nov. 1979. Além da designação *special masters*, utilizam-se também para indicar esse terceiro auxiliar do juízo os vocábulos “receptores” ou “agências especiais” (FISS, Owen. Fazendo da constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 773-798, p. 786).

³¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³¹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

peças físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este”. E o art. 19 prevê, ainda, que:

[p]ara o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

4.4.3 Fracionamento da fase executiva

Devido à maior complexidade e à relevância da cognição judicial em execuções estruturais, aliadas ao conseqüente maior tempo envolvido para seu desenlace, é aconselhável para alguns casos o fracionamento da fase executiva em etapas, de tal sorte que a reestruturação institucional se implemente gradualmente, permitindo-se “a avaliação de seus efeitos, não apenas da perspectiva do juiz e das partes, mas dos demais sujeitos impactados”. Com isso, a “reavaliação dos resultados das etapas cumpridas permite o planejamento mais adequado das subsequentes, evitando custos desnecessários e efeitos colaterais indesejáveis”.³²⁰

Edilson Vitorelli aponta como um dos fundamentos para divisão da execução em etapas a aplicação do art. 23 da LINDB, adicionado pela Lei 13.655/2018:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Segundo o autor, provimentos estruturais em matéria de políticas públicas amoldam-se à hipótese desse dispositivo legal, pois implicam “interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito”. Portanto, em observância ao preceito, o provimento “deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”. Esse “regime de transição” pode ser estabelecido mediante formulação de um plano gradativo voltado à

³²⁰ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018. *E-book*, n.p.

efetivação da reestruturação objetivada. “O plano para a implementação de uma reestruturação institucional nada mais é que um regime de transição, do estado de coisas que originou o litígio para aquele que a decisão pretende que seja implementado”.³²¹

A divisão da execução em estágios harmoniza-se, ainda, com a prolação de sentença estrutural com dispositivo mais aberto – indicada, como visto, para litígios estruturais de grande complexidade ou cuja solução enfrente importante resistência política ou social –, pois o comando inicial mais aberto pode não se mostrar bastante, por si só, à consecução do fim nele determinado, de maneira que outras decisões, desta feita mais pormenorizadas, far-se-ão imprescindíveis no decurso do cumprimento da sentença, decisões que podem servir como marcos iniciais para cada novo estágio. Confirma-se, a propósito, a explanação de Sérgio Cruz Arenhart:

Por outro lado, é muito frequente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a *provimentos em cascata*, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam. Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase “principiológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida. Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto. Não raras vezes, esses provimentos implicarão técnicas semelhantes à negociação e à mediação.³²²

Assim, questões importantes ou de maior complexidade a serem enfrentadas na fase executiva mediante tais “provimentos em cascata” podem ser consideradas para o estabelecimento de etapas sucessivas que garanta melhor ordenação de sua resolução. Mais que o art. 23 da LINDB – nos termos sustentados por Vitorelli, consoante exposto acima –, parece que essa forma de organizar a execução, separada em estágios, é técnica cuja admissão, mediante decisão judicial motivada, encontra amparo na atipicidade dos meios executivos que norteia a efetivação de provimentos executivos e mandamentais, meios que podem ser modificados já no decorrer da execução, conforme se objetiva deixar claro na próxima subseção. Vale recorrer, no particular, uma vez mais à lição de Sérgio Cruz Arenhart:

³²¹ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 69.

³²² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 225, pp. 389-410, nov. 2013. *E-book*, n.p.

Assim, pode a sentença delegar a execução ou a fiscalização do julgado a outros órgãos, criar etapas para o cumprimento da ordem judicial, nomear terceiros encarregados de esboçar plano de cumprimento, ou adotar outras providências que a situação concreta requeira. Enfim, deve haver ampla margem para a gestão da decisão judicial, de modo a compatibilizá-la com as necessidades da situação concreta e com as possibilidades das partes. Pode-se, por exemplo, ditar à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe a escolha dos meios e preservando sua discricionariedade, ou se pode estabelecer desde logo um cronograma de atividades a serem adotadas. Pode-se impor certas condutas ao réu, ou deixar essa determinação a um órgão técnico especializado. Pode-se escalonar medidas a serem adotadas no tempo, com prestação de contas periódicas, ou mesmo nomear um interventor fiscalizador para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional.³²³

Como se pretende demonstrar na sequência, tanto a atipicidade quanto a modificabilidade das medidas executivas determináveis e determinadas em sentenças executivas e mandamentais configuram técnicas processuais calcadas em normas já em vigor no sistema processual brasileiro.

4.5 PROVIMENTOS EXECUTIVOS E MANDAMENTAIS: TÉCNICAS PROCESSUAIS ADEQUADAS A LITÍGIOS ESTRUTURAIS³²⁴

Até o presente ponto da seção 4, buscou-se esboçar o que se entende por litígios estruturais, suas características mais marcantes e medidas processuais apropriadas a seu enfrentamento, notadamente quanto ao conteúdo e à efetivação de decisões judiciais. Na subseção ora iniciada, a intenção é evidenciar que o direito processual civil brasileiro oferece já há certo tempo instrumentos decisórios e executivos que viabilizam o adequado tratamento desse tipo de litígio. Trata-se dos provimentos mandamentais e executivos,³²⁵ cujo regramento

³²³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 225, pp. 389-410, nov. 2013. *E-book*, n.p.

³²⁴ A presente subseção é constituída em parte pelo que o autor externou em artigo fruto da disciplina de Doutorado “Processo Civil Contemporâneo: desde a superação da Teoria Geral do Processo à concepção do Processo Estrutural”, cursada no primeiro semestre de 2022 e ministrada pelos Professores Teresa Arruda Alvim, Nelson Nery Junior, Olavo de Oliveira Neto e Sérgio Seiji Shimura. Cf. NASSAR, Marcos. Revisão judicial de políticas públicas no Brasil: a novidade dos provimentos estruturais e as velhas sentenças mandamentais e executivas. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 333, p. 283-320, nov. 2022.

³²⁵ A classificação mais usual das sentenças – em cujas classes incluem-se as executivas e mandamentais – é realizada sob a perspectiva de suas eficácias e correspondentes efeitos (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2003). A natural aptidão das sentenças para emanação de efeitos jurídicos chama-se eficácia direta, interna, principal ou natural, a qual, a depender da demanda ajuizada, vocaciona-se à produção de cinco diferentes tipos de efeitos, a saber, o declaratório, o constitutivo, o condenatório, o executivo e o mandamental. Como se vê, eficácia e efeitos são conceitos inconfundíveis. A eficácia da sentença é-lhe interna, inerente a seu conteúdo, expressando-se notadamente no texto do dispositivo. De diferente modo, os efeitos da sentença são-lhe exteriores, pois “o efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo

revela-se apropriado à decisão e à execução (definitiva ou provisória) voltadas à reestruturação de políticas públicas, seja porque nesse campo normalmente se busca tutela específica, com realização da própria prestação objeto do direito tutelado, ou por meio de resultado a ela equivalente, seja porquanto, para tal reestruturação, o Poder Público precisa ser convencido ou obrigado a prestar um fazer, não fazer e/ou entrega de coisa, seara própria àquelas classes de provimentos jurisdicionais.

4.5.1 Provimentos executivos

A disciplina normativa das sentenças executivas, cujo cabimento foi há mais de duas décadas generalizado no sistema processual brasileiro para concessão de tutela específica (ou pelo resultado prático equivalente) a direitos cujo objeto consista em prestações de fazer ou não fazer, oferece técnicas decisória e de efetivação bastante apropriadas à reestruturação judicial de políticas públicas. O intento da presente subseção é apresentar as características dessa classe de provimentos jurisdicionais.

4.5.1.1 Origem e desenvolvimento da sentença executiva no Brasil

A classe das sentenças executivas foi identificada por Pontes de Miranda. Ao perscrutar os casos em que as ações mostravam-se preponderantemente executivas, notou Pontes de Miranda que “[h]á mais ações executivas do que as que entram nas subclasses das ações executivas de títulos judiciais e das ações executivas de títulos extrajudiciais”.³²⁶ Como exemplos destas ações executivas – as quais não se qualificavam nem como ações executivas de sentença, nem como ações executivas de títulos extrajudiciais –, apontava o autor, entre vários outros, a ação de reivindicação, a de depósito, a de reintegração de posse e a de despejo. Diante dessas constatações, concluiu que todas as ações predominantemente executivas

que o produz” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: Variações sobre o tema. *Revista de processo*, São Paulo, v. 40, pp. 7-12, 1985, p. 8).

³²⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999. t. VII, p. 25.

comporiam a classe das ações executivas *lato sensu*, a qual, por sua vez, dividir-se-ia em três subclasses. Veja-se o quadro apresentado pelo próprio autor:

[...] 5. Ação executiva *lato sensu*:

a) ação executiva, por antecipação ou adiantamento da executividade, de que são *exemplo* as ações de títulos extrajudiciais, mas de cognição incompleta ao tempo de eficácia executiva;

b) ação executiva, sem antecipação ou adiantamento da executividade, de modo que a sentença final é a ‘executiva’ [g.n.];

c) ação executiva de sentença (‘execução das sentenças’), que são títulos para se iniciar execução, já sem a elaboração de cognição completa, porque a sentença exequenda deixou atrás aquela elaboração e tende a explorar a cognição completa que traz em si.³²⁷

Por bom tempo, não desfrutou a classe das sentenças executivas (indicada na letra “b” do texto citado) de acolhimento significativo. O tema, todavia, passou a receber maior atenção com o advento em 1990 do CDC, cujo art. 84 prevê, para hipóteses de obrigação de fazer ou não fazer, a concessão de tutela específica ou pelo resultado prático equivalente, mediante imposição de multa coercitiva, independentemente de pedido do autor, bem como determinação das medidas necessárias, dentre as ali arroladas exemplificativamente. O assunto avivou-se, ainda com mais vigor, com a edição da Lei 8.952/1994, que deu ao art. 461 do CPC de 1973 redação quase idêntica à do art. 84 do CDC. Em 2002, a Lei 10.444 – além de melhorar o § 5º e acrescentar um § 6º ao art. 461 –, com a introdução no CPC de 1973 do art. 461-A, estendeu o mesmo padrão de tutela às hipóteses de prestação de entregar coisa diversa de dinheiro. Essa sistemática foi basicamente mantida, com alguns aprimoramentos, no novo CPC (v. arts. 497 a 499 e 536 a 538).

Com isso, a sentença executiva, antes proferível somente em alguns procedimentos especiais, generalizou-se, após algumas etapas de reformas legislativas, para todos os casos de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa. Nesses casos, a tutela consistirá, tanto quanto possível, em satisfazer o direito na forma específica (prestação *in natura*) ou na tomada de

³²⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. 113; e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 291. De logo se percebe da leitura desse trecho o equívoco em que labora ainda hoje parte da doutrina ao empregar a expressão “sentença executiva *lato sensu*” “para designar o fenômeno para o qual Pontes de Miranda empregava, apenas, a expressão ‘sentença executiva’” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 308), indicando, assim – se se guardar fidelidade à terminologia de Pontes de Miranda –, a parte pelo todo. Com efeito, inúmeros autores têm se referido às hipóteses em que, no mesmo processo, após a prolação da sentença há a prática de atos executivos tendentes à realização do direito como casos de “ações executivas *lato sensu*”, nominando, outrossim, aquela sentença como “sentença executiva *lato sensu*”. Todavia, mais fiel a seu delineador, a expressão “sentença executiva” deve ser proferida.

providências que assegurem resultado prático equivalente, somente se convertendo a obrigação em pecúnia se nada disso for realizável ou se o autor o requerer. À vista disso, não havendo empecilhos à tutela específica ou pelo resultado prático equivalente, deve o juiz determinar na sentença meio executivo para efetivação do direito.

Assim, pode-se dizer que, atualmente, sentença executiva é aquela cuja carga eficaz preponderante constitui-se pela determinação de medidas tendentes a satisfazer, na mesma relação jurídica processual, sem ajuizamento de nova ação, o direito nela reconhecido, cujo objeto consiste em prestação de fazer, não fazer ou entregar coisa. Tal sentença – mais intensamente que declarar, constituir, condenar ou mandar – determina meios executivos a serem efetivados no próprio processo.

4.5.1.2 Atipicidade das medidas executivas

Considerável fração da doutrina reputa haver execução em sentido técnico exclusivamente quando da prática de atos de sub-rogação (execução direta), *i.e.*, quando o Estado, por assim dizer, substitui o “devedor inadimplente, procurando, sem sua colaboração e até contra sua vontade, dar satisfação ao credor”.³²⁸ Por essa orientação, não haveria execução propriamente dita nos casos em que a satisfação do direito é buscada por meio de coerção, ou seja, por medidas de pressão psicológica exercitada contra o devedor (execução indireta), dado que seria aí “voluntário o ato de satisfação da obrigação”.³²⁹ Correta, porém, parece ser a opinião propugnada por outro setor da doutrina, para o qual há execução também na coerção.³³⁰

³²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. II. p. 8.

³²⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 26. Nesse sentido, além Ovídio Baptista, Humberto Theodoro Júnior e outros autores brasileiros, a doutrina italiana prevalecente, como noticia Miguel Medina (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 41).

³³⁰ Nesse sentido, cf.: SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título executivo*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005, especialmente pp. 25-26; e ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 121 ss. Consoante noticia Medina, essa orientação, proposta por Chiovenda, é adotada ainda por Teori Albino Zavascki, Marcelo Lima Guerra, Carlos Alberto de Salles, Leonardo Greco, entre outros (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 40).

Com esta, tenciona-se forçar o devedor a satisfazer a obrigação, não havendo, pois, que se falar aí em cumprimento voluntário.³³¹

Portanto, como a sentença executiva destina-se a forçar, em exercício da ação de direito material executiva que garante o direito reconhecido, a satisfação da prestação respectiva, pode-se dizer que as medidas executivas nela determináveis contemplam tanto os meios executivos diretos (de sub-rogação), quanto os indiretos (de coerção).³³²

Até há algum tempo, na sistemática processual civil brasileira, vigia quase absoluto o princípio da tipicidade das medidas executivas, pelo qual não seria nunca possível que a esfera jurídica do executado fosse agredida por meios executivos não estabelecidos (em *numerus clausus*) pela norma jurídica. Tal princípio, com nítida inspiração do liberalismo político, dirigia-se, de um lado, a “garantir a intangibilidade da esfera de autonomia do executado” e, de outro, a fornecer a este “algum grau de previsibilidade acerca dos modos de atuação executiva possíveis”.³³³

Contudo, com a diversidade e complexidade das novas situações fáticas merecedoras de tutela jurisdicional, bem como com a exigência crescente por respostas jurisdicionais mais adequadas ao direito violado, surgiu o imperativo de conferir-se, em determinadas hipóteses, maior poder de decisão e atuação ao juiz, dando-lhe mais liberdade tanto para identificar quais são as situações carentes de proteção jurisdicional – pois a catalogação de todas elas seria à norma impossível –, quanto para decidir quais são os meios executivos mais ajustados à tutela necessária no caso concreto – haja vista a impossibilidade, também aqui, de a norma determiná-los, abstratamente, de forma taxativa.

³³¹ É o que explica José Miguel Garcia Medina: “A ideia de que na execução indireta se busca obter o bem devido com a participação do executado não pode obscurecer o entendimento sobre o assunto, a ponto de se excluirmos as medidas coercitivas dos meios executivos possíveis. Isso porque também neste caso não se pode dizer que há execução ‘voluntária’ do executado, tal como ocorreria se o dever estivesse sendo cumprido antes da realização das medidas executivas. Na realidade, não é possível equiparar, por exemplo, o devedor que cumpre no prazo a prestação de fazer àquele que o faz em decorrência de multa judicial. Desse modo, também no uso das medidas coercitivas, o juiz atua, forçando” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 41).

³³² A definição de sentença executiva adotada neste trabalho aproxima-se da oferecida por José Miguel Garcia Medina: “Adotaremos, no decorrer do presente estudo, a expressão ‘sentença executiva’, para designar a sentença que, além de reconhecer a violação (atual ou potencial) do direito, determina a realização, no mesmo processo, de atos de execução (direta ou indireta)” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 39).

³³³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 406.

Desse novo quadro, notadamente da maior autonomia outorgada ao juiz na determinação dos meios executivos, exsurge outro princípio, com conteúdo de sentido diametralmente oposto ao daquele anterior. É o princípio da atipicidade das medidas executivas, com o qual passou o primeiro a conviver. Quer dizer, para alguns casos, o princípio da tipicidade ainda vige em sua inteireza; para outros, incide agora o da atipicidade. Na lição de Miguel Medina, o princípio da atipicidade, quando rege a atividade do juiz, “verifica-se (a) em relação à multiplicidade de medidas executivas diversas que podem ser aplicadas e (b) quanto ao modo que podem ser aplicadas tais medidas executivas” – variando, conforme a hipótese, a intensidade de cada uma dessas suas facetas.³³⁴

No âmbito da tutela coletiva em geral (v. Lei 7.347/1985, art. 21) e da proteção individual do consumidor, o § 5º do art. 84 do CDC concede ao juiz, nas hipóteses de prestação de fazer e não fazer, grande liberdade para determinar as “medidas necessárias” à efetivação da tutela específica ou à obtenção do resultado prático equivalente. As medidas ali arroladas o são unicamente à guisa de exemplificação, conforme inequivocamente indica a expressão “tais como”. Eis, pois, preceptivo que expressa “atipicidade plena”, em que não há “predeterminação, seja em relação às espécies de medidas que podem ser empregadas, seja em relação à forma de aplicação da medida escolhida pelo juiz para o caso”.³³⁵ O mesmo se dava com o art. 461, § 5º, do CPC de 1973.³³⁶ Essa lógica foi mantida pelo novo CPC: para efetivação da tutela específica ou pelo resultado prático equivalente de prestações de fazer ou não fazer (art. 497, *caput*), devem-se “determinar as medidas necessárias” (art. 536, *caput*), tais como as previstas no § 1º desse último artigo (“entre outras medidas”, fórmula ali utilizada para manifestar o caráter exemplificativo do rol apresentado) – sistemática também aplicada às prestações de entregar coisa (art. 538, § 3º).

Em adição, o CPC de 2015 também previu, no art. 139, IV, entre os poderes do órgão judicial o de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”. Esse dispositivo “consagra o princípio da atipicidade das medidas executivas”, que “já vinha, cada vez com mais veemência, ocupando o espaço do princípio que lhe é oposto, o da tipicidade das medidas

³³⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 409.

³³⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 409.

³³⁶ E o § 3º do art. 461-A prescrevia aplicar-se à hipótese nele prevista (“ação que tenha por objeto a entrega de coisa”) todo o disposto nos parágrafos do art. 461.

executivas”.³³⁷ Trata-se de explicitação “dos poderes de *imperium* conferidos ao juiz para concretizar suas ordens”, tanto as “instrumentais (aquelas dadas pelo juiz no curso do processo, para permitir a decisão final, a exemplo das ordens instrutórias no processo de conhecimento, ou das ordens exibitórias na execução)” quanto as “finais (consistentes nas técnicas empregadas para a tutela da pretensão material deduzida)”.³³⁸

Contudo, “a regra aberta constante do art. 139, IV”, a partir da qual “toda e qualquer técnica processual executiva pode ser aproveitada para promover a tutela dos direitos”, é mais relevante e inovadora no campo das prestações pecuniárias, ao qual ela se aplica por expressa disposição sua.³³⁹ Para prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, os arts. 461 e 461-A do CPC de 1973 já estabeleciam, como já explicado, a atipicidade dos meios executivos, o que foi mantido e aprimorado no CPC de 2015. Quanto a essas espécies prestacionais, tal qual já havia feito o art. 461 do CPC de 1973, o de 2015, no art. 536, § 1º, “rompe com o dogma da tipicidade dos meios destinados ao cumprimento das decisões judiciais”.³⁴⁰

De fato, para a efetivação de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, como salienta José Miguel Garcia Medina, “[s]ão abundantes as medidas executivas que podem ser utilizadas, com base no art. 536”³⁴¹, que podem ser tanto coercitivas quanto sub-rogatórias.³⁴² Como medida executiva de sub-rogação atípica, com frequência se indica, por exemplo, a nomeação de administrador para atuar em certa organização com o intuito de impedir ou fazer

³³⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. *e-book* baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, n.p.

³³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 299.

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. *e-book* baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, n.p. Não há espaço neste trabalho para tratar dos requisitos pensados por parte da doutrina e fixados pelo STJ para a adoção de medidas atípicas em execuções relativas a prestações pecuniárias, a partir do referido dispositivo legal, em cotejo com as medidas típicas desenhadas no Código para tais execuções.

³⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 708. Em outra obra, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que os “arts. 536, 537 e 538, ao quebrarem o princípio da tipicidade, instituíram o princípio da concentração do poder executivo do juiz”, de sorte que “vige no sistema processual civil brasileiro a regra da atipicidade da técnica processual executiva” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. *e-book* baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, n.p., grifo dos autores).

³⁴¹ Rememore-se que esse dispositivo aplica-se também às prestações de entregar coisa por força do art. 538, § 3º, do CPC.

³⁴² MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. *e-book* baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, n.p.

cessar um ilícito.³⁴³ A intervenção judicial na administração do ente aproxima-se do que a doutrina estadunidense chama de *special master*, consoante exposto acima.

Não é só para execuções de decisões do CADE, para as quais há regras legais explícitas a respeito (v. arts. 96 e 102 a 110 da Lei 12.529/2011), que tal intervenção judicial se mostra cabível. Essa medida excepcional, como meio atípico de execução direta, é viável sempre que, com robusta fundamentação, demonstrar-se a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (relação de custo-benefício) da medida, justificando-se a inviabilidade de solução consensual, assim como de outras medidas executivas, coercitivas ou mesmo subrogatórias, menos invasivas. Pode-se sustentar, por outro lado, ante a inexistência de previsão legal específica e detalhada, que a intervenção observe, por analogia, o regramento previsto para as execuções de decisões do CADE na Lei Antitruste.³⁴⁴

A propósito, vale observar que, na tramitação do projeto que deu origem ao CPC de 2015, chegou-se a incluir textos específicos a respeito da intervenção judicial, os quais, contudo, foram rechaçados no curso do processo legislativo e acabaram por não compor o CPC aprovado pelo Congresso. Consoante notícia Ademar Vidal Neto, antes de sua aprovação, o texto do CPC de 2015 tramitou no Senado como Projeto de Lei 166/2010 e, na versão de 10 de outubro de 2013, o Projeto apresentava esta redação para o que viria a ser o art. 536 do texto aprovado:³⁴⁵

Art. 550. No cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa por período de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

³⁴³ Cf., p. ex., MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil. *Revista de processo*, RT, São Paulo, v. 97, pp. 251-264, 2000; e MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 1. ed. e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Recife, n. 3, pp. 261-276, 2010. Como propõe o autor, a intervenção pode ser classificada do seguinte modo, conforme seu grau de interferência na organização envolvida, em ordem crescente: (i) intervenção fiscalizatória, em que o administrador da organização continua a exercer suas atribuições, mas mediante fiscalização pelo agente auxiliar designado judicialmente para acompanhar o cumprimento de decisão judicial, com amplo acesso às informações necessárias a tanto; (ii) intervenção cogestora, em que também é mantido o administrador da entidade, porém, algumas de suas atribuições são temporariamente transferidas ao interventor cogestor para cumprimento da decisão judicial tomada; e (iii) intervenção substitutiva, pela qual o interventor substitui por certo período o administrador da pessoa jurídica demandada. Em todos os casos, é necessário que o juiz fixe prazos e poderes explícitos a serem exercidos pelo agente nomeado como seu auxiliar.

³⁴⁵ VIDAL NETO, Ademar. *Intervenção judicial na administração de sociedade: nomeação de interventor provisório*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

[...]

§ 3º A intervenção judicial em atividade empresarial somente será determinada se não houver outro meio eficaz para a efetivação da decisão e observará, no que couber, o disposto nos arts. 102 a 111 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Como se vê, o texto previa entre as medidas executivas exemplificativamente arroladas “a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar”, que somente deveria ter lugar ante a inexistência de “outro meio eficaz para a efetivação da decisão”, observando-se, no que couber, o procedimento de intervenção previsto na Lei Antitruste. Tratou-se, pois, de tentativa de recolhimento de lições doutrinárias para, em prol da segurança jurídica, regrar legalmente medida que, na prática, já era verificada no foro. Todavia, a Câmara dos Deputados findou por excluir a referência à intervenção judicial do rol de meios executivos do transcrito § 1º e o Senado suprimiu, por fim, todo o § 3º do texto que veio a ser aprovado, de maneira que não restou referência alguma à medida.

Tais exclusões levadas a efeito nas Casas do Poder Legislativo tiveram por móvel o temor de abusos e arbitrariedades judiciais, ante a força da medida em comento. Porém, nada obstante o respeito devido à *mens legislatoris*, sabe-se que dela se desvincula a lei alfim aprovada, de tal modo que a interpretação desta não fica adstrita à intenção do legislador. E, como indicado, tanto antes quanto após o CPC de 2015, tem-se reconhecido em sede doutrinária e pretoriana a possibilidade – ou melhor, a necessidade – de intervenção judicial na administração de uma organização como meio executivo sub-rogatório em certos casos, sem se descuidar de que se trata de medida excepcional, justificável apenas por robusta demonstração de sua adequação ou idoneidade ao alcance do fim colimado, necessidade ou menor onerosidade possível e proporcionalidade *stricto sensu*, sopesando-se os benefícios a serem obtidos em cotejo com as desvantagens inerentes à intervenção, num raciocínio de custo-benefício à luz dos valores jurídicos envolvidos.

Diante desse arcabouço normativo, pode-se concluir que, tanto na própria sentença (ou decisão que concede tutela provisória) executiva quanto em decisões posteriores cuja necessidade venha a surgir para a efetivação do direito reconhecido, vige o princípio da atipicidade dos meios executivos. É certo, todavia, que tal princípio, ao conceder certa liberdade na determinação das medidas adequadas em cada caso, não deve ser interpretado de modo a dar margem para arbitrariedade. É mister, pois, que haja balizamentos para pautar essa atividade, inclusive para preservar a isonomia no trato de casos similares.

Na linha da doutrina preponderante, que aponta o princípio da proporcionalidade como balizador para tanto, Miguel Medina alvitra que se deve harmonizar, no caso concreto, o princípio do meio mais idôneo (ou da máxima efetividade) com o princípio da menor onerosidade (ou da menor restrição possível).³⁴⁶ Já sob a égide do novo CPC, que “consagrou a *técnica executiva atípica* para tutela dos direitos (arts. 139, IV, 536, 537 e 538)”, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero igualmente defendem que “saber qual será a forma que seguirá o cumprimento de sentença depende de uma concreta apreciação do juiz a respeito do *meio mais idôneo* e da *menor restrição possível*”.³⁴⁷

Além disso, justamente em razão dessa maior liberdade, o ônus argumentativo do juiz é também ampliado quanto à justificação dos meios escolhidos, inclusive no que toca às “consequências práticas da decisão”, de forma que a “motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta”, como expressamente passou a exigir o art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942, a LINDB, dispositivo acrescido pela Lei 13.655/2018. Se se tratar de “invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”, situação comum em processos que envolvem alteração de política pública, o art. 21 da LINDB, incluído também pela Lei 13.655/2018, dispõe que o juiz “deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”, bem como “as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.

4.5.1.3 Alteração das medidas determinadas na sentença executiva durante seu cumprimento: não ofensa à coisa julgada

O art. 537, *caput*, do CPC de 2015 prevê que a multa, medida coercitiva, pode ser aplicada, inclusive de ofício, na decisão que concede tutela provisória, na sentença e no curso da execução de ambas. O § 1º desse artigo dispõe outrossim que, igualmente de ofício ou a

³⁴⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 411 ss. e 446 ss.

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. *e-book* baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, n.p., grifo dos autores.

requerimento, a multa vincenda pode ser excluída ou ter seu valor ou periodicidade modificada, caso se tenha mostrado insuficiente ou excessiva, ou se “o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento”. Por sua vez, o art. 536 do CPC de 2015 estabelece que, no curso do cumprimento da sentença – o que vale também para a efetivação da tutela provisória –, devem ser determinadas “as medidas necessárias” (inclusive atípicas, como já exposto).

Não obstante o CPC se aplique subsidiariamente ao processo coletivo por expressa disposição legal (art. 19 da Lei 7.347/1985), vale lembrar que o art. 84, § 5º, do CDC, embora menos detalhado – pois foi precursor na matéria –, conduz às mesmas possibilidades. Trata-se de preceito quase idêntico ao art. 461, § 5º, do CPC de 1973, sob a égide do qual já se entendia pela permissão, implicitamente conferida pelo sistema, para a determinação na fase executiva de medidas diversas das estabelecidas na sentença.³⁴⁸

Essa possibilidade de alterações decorre da necessidade de respaldar respostas jurisdicionais às complexas situações fáticas merecedoras de tutela jurisdicional e à exigência crescente por uma atuação jurisdicional mais adequada ao direito violado. Cuida-se de decorrência do direito constitucional à tutela jurisdicional efetiva.³⁴⁹ Com o CPC de 2015, não restam maiores dúvidas com relação a tal possibilidade. Repise-se: o art. 536 expressamente estabelece que, durante o cumprimento da sentença, devem ser estabelecidas as medidas para satisfação do direito, e o art. 139, IV, estipula o poder-dever do juiz de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”.³⁵⁰

³⁴⁸ Miguel Medina, a propósito, assinalava: “[...] pode o juiz verificar que a multa não foi mecanismo capaz de persuadir o executado a cumprir a obrigação. Neste caso, nada impede que o juiz modifique o valor da multa (cf. art. 461, § 6.º, e art. 645, parágrafo único, do CPC), ou modifique a medida executiva que está sendo realizada (cf. art. 461, § 5.º, do CPC). Assim, pode a multa *ser substituída* por outra medida executiva, bem como *se cumular* a outra medida executiva (como, por exemplo, alguma medida executiva sub-rogatória)” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 449, grifo do autor). Luiz Guilherme Marinoni igualmente interpretava o CPC de 1973 e da mesma forma compreende o Código de 2015: “[...] nada pode impedir, em tese, a substituição da multa pela execução direta ou vice-versa. [...] Ainda que a discussão sobre o meio executivo possa ser feita na fase de conhecimento, *ela obviamente extrapola para a fase de execução, quando, na realidade, será testada a sua efetividade*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 1. ed. e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n.p., grifo do autor).

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 1. ed. e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁵⁰ Marinoni, Arenhart e Mitidiero, interpretando o novo CPC, reafirmam essa possibilidade de alteração: “Caso a determinação judicial não seja atendida, esta poderá ser alterada na fase de cumprimento, pois aquele que seria o meio mais idôneo para tutelar o direito do autor, por não ter sido observado, não pode mais assim ser considerado, e, portanto, exige a imposição de outra providência, que possa ser idônea à tutela do direito. O réu, com o não

De outro lado, não se diga que há aí ofensa à coisa julgada material. Como esclarece Pontes de Miranda, coisa julgada é “a porta por onde a sentença se estende, ‘para fora’ da relação jurídica processual, posto que sem se separar dela”³⁵¹, e decorre da junção: “eficácia declarativa e força formal de coisa julgada (preclusão)”³⁵². Parcela da doutrina já identificou coisa julgada material com eficácia declarativa da sentença. Porém, essa eficácia surge antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, quando certamente inexistente ainda coisa julgada material, a qual pressupõe a coisa julgada formal decorrente do trânsito em julgado. Por isso, Enrico Tullio Liebman compreendia a coisa julgada não como eficácia da sentença (conforme constava do art. 467 do CPC de 1973), mas sim como qualidade (ou “autoridade”, como se preferiu no art. 502 do CPC de 2015) acrescida aos efeitos da sentença tornando-os imodificáveis.³⁵³

Realmente, coisa julgada e eficácia da sentença são coisas diversas: aquela é posterior a esta, por reclamar trânsito em julgado. Contudo, mais um reparo é necessário, com Ovídio Baptista: essa qualidade ou imutabilidade em que consiste a coisa julgada reveste exclusivamente o efeito declarativo da sentença, e não todos os seus efeitos. Deveras, tirante o efeito declarativo, os demais efeitos da sentença são modificáveis: a remissão da dívida, p. ex., pode fazer desaparecer o efeito condenatório; o efeito constitutivo, por sua vez, pode dissolver-se mediante exercício pelas partes de seu poder negocial, restituindo-se tudo ao estado anterior etc.³⁵⁴ Dessarte, coisa julgada material pode ser definida como a qualidade de imutabilidade que marca o efeito declarativo de sentença de mérito passada em julgado – qualidade excepcionada por certos instrumentos processuais de impugnação legalmente previstos, entre os quais se destaca a ação rescisória.

cumprimento da sentença, abre oportunidade para a determinação de outra providência, uma vez que a fixada na sentença restou inidônea. Além disso, o meio executivo também pode ser modificado após o trânsito em julgado da sentença. O art. 537, § 1.º, CPC, diz que o juiz pode, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. Assim, é possível que o juiz conclua que o valor ou a periodicidade da multa sejam modificados. Também pode alterar um meio de execução que, embora observado pelo demandado, possa ser substituído por um menos gravoso. Ademais, no caso de não cumprimento da sentença, o juiz pode substituir a multa pela execução direta ou vice-versa” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 711).

³⁵¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998, t. I, p. 309.

³⁵² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998, t. I, p. 194.

³⁵³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

³⁵⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2003.

Pois bem, não há modificação alguma do efeito declaratório da sentença com a determinação de novo meio executivo durante seu cumprimento. Ou seja, essa nova determinação em nada altera a declaração do direito; muito ao contrário, tal determinação destina-se justamente a dar realização à prestação que é objeto desse direito. Outrossim, nem mesmo infringência ao disposto no art. 494 do CPC há no particular, pois “não há aí alteração ou transformação da sentença”³⁵⁵, senão modificação na forma de sua execução. A sentença permanece intacta. Ocorre unicamente a determinação de nova medida executiva, nela não prevista, para dar-lhe concreção. Essa nova medida executiva de nenhum modo comporá o conteúdo da sentença proferida. Veja-se também a lição de Pontes de Miranda, tratando de hipótese similar:

“[...] a coisa julgada formal ou material não é ofendida por essa mutabilidade, nem pela conseqüente alterabilidade dos termos da interpretação ou versão *executiva* inicial da sentença. [...] não há modificação da sentença, e sim da sua execução, sem nenhuma ofensa à imodificabilidade da sentença [...]”.³⁵⁶

Por fim, impende assinalar não haver também impedimento a que, na fase executiva, o órgão judicial emita uma ordem, mediante decisão interlocutória, para o cumprimento da sentença.³⁵⁷ Nesse caso, não há transmutação da natureza da sentença proferida, de executiva para mandamental, pela mera emissão da ordem, pois, como agora mesmo se explicitou, a determinação de nova medida executiva não acarreta qualquer modificação da sentença, que permanece absolutamente intacta; o que muda, pela proferição da decisão interlocutória mandamental, a qual – repise-se – tende, justamente, a dar cumprimento ao comando da sentença, é a forma de execução desta.

³⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 1. ed. e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n.p.

³⁵⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998, t. I, pp. 319-320, grifo do autor.

³⁵⁷ Nesse sentido: “[n]ão se exclui, por exemplo, que o juiz profira sentença determinando a realização de atividades sub-rogatórias e, no decorrer da execução desta sentença, realize providências nitidamente mandamentais. Frustradas as medidas executivas (coercitivas ou sub-rogatórias) realizadas, nada impede – ao contrário, a redação da norma jurídica ora em análise assim sugere – que outras medidas executivas sejam realizadas, dentre as quais o proferimento de ordens judiciais” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 476).

4.5.2 Provimentos mandamentais

Os provimentos mandamentais estão irmanados com os executivos tanto por sua origem e desenvolvimento em paralelo quanto por suas hipóteses de cabimento muito próximas. A proximidade entre as duas classes de decisão é tamanha que há até confusão e divergência na doutrina com relação ao enquadramento de ordens judiciais reforçadas por medidas coercitivas numa ou noutra categoria. Tal qual as decisões executivas, as mandamentais também se voltam à instrumentação de tutela específica (ou pelo resultado prático equivalente) de direitos com prestação de fazer, não fazer ou entregar coisa, de sorte que igualmente se mostram apropriadas em matéria de reestruturação de políticas públicas.

4.5.2.1 Origem e desenvolvimento da sentença mandamental no Brasil

Quem “descobriu” por assim dizer a sentença mandamental no Brasil foi Pontes de Miranda. Pode-se arguir que, em realidade, ele somente a transplantou da processualística alemã para a brasileira, o que está parcialmente correto, visto a menção do próprio autor à obra alemã que primeiro dela cuidou: “[d]esde 1914, com o trabalho de Georg Kuttner (*Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, 21 s., 31 s.), alguns juristas se preocuparam, não todos, nem mesmo muitos, com a ação mandamental”.³⁵⁸ Todavia, a sentença mandamental cunhada por Pontes de Miranda não corresponde bem à *Anordnungsurteil*, de Kuttner, pois não remete ao mesmo referente na realidade processual.

Kuttner, ao elaborar o conceito de *Anordnungsurteil*, não tratava da classificação das sentenças; dedicava-se à investigação dos “efeitos produzidos pelas sentenças civis em face de outros órgãos estatais – do próprio Poder Judiciário ou da Administração Pública”.³⁵⁹ Efeitos esses que – percebeu ele – não seriam próprios nem das sentenças declaratórias, nem das constitutivas, nem das condenatórias,³⁶⁰ de sorte que – concluiu – as sentenças deles produtoras

³⁵⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999, t. VI, p. 29.

³⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil. *Revista de processo*, RT, São Paulo, v. 97, pp. 251-264, 2000, p. 252.

³⁶⁰ Barbosa Moreira observou que, pelo mais difundido conceito alemão de sentença condenatória, ela poderia envolver também uma ordem, a qual, entretanto, dirigia-se ao réu, diversamente da ordem das *Anordnungsurteile*,

deveriam ser agrupadas numa quarta classe, qual seja, a das *Anordnungsurteile*.³⁶¹ Para Kuttner, portanto, o que diferenciava e individualizava a *Anordnungsurteil* era a ordem dirigida a órgão público estranho ao processo.³⁶²

Já a sentença mandamental descrita por Pontes de Miranda correlaciona-se à ação mandamental, é dizer, à ação “que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo *manda*”.³⁶³ Ademais, para ele, tal “mandado pode ser dirigido a outro órgão do Estado, ou a algum sub-órgão da justiça, ou a alguma pessoa física ou jurídica”.³⁶⁴ Facilmente se percebe, então, que a sentença mandamental é diferente da categoria vislumbrada por Kuttner. Dentre outras dessemelhanças, destaca-se que, naquela, o leque de possíveis destinatários da ordem é bem mais abrangente.³⁶⁵

Analogamente ao ocorrido na Alemanha – onde, sem embargo de ter sido secundada por Goldschmidt, a concepção da *Anordnungsurteil* não logrou grande prestígio –, a sentença mandamental, tal como a executiva, obteve no Brasil por bastante tempo circulação quase inexpressiva na doutrina, em que pese a categoria bem explicar (ao contrário da classificação ternária das sentenças) o provimento jurisdicional que, sobre condenar, ordenava algo, a exemplo do que sucede há muito com o mandado de segurança e o interdito proibitório.

No entanto, como também se deu com a sentença executiva, a categoria passou a suscitar maior interesse a partir da edição do CDC, em 1990, pois, admitidas “todas as espécies

endereçada a outro órgão estatal estranho ao feito (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil. *Revista de processo*, RT, São Paulo, v. 97, pp. 251-264, 2000, p. 253).

³⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil. *Revista de processo*, RT, São Paulo, v. 97, pp. 251-264, 2000.

³⁶² Exemplo seria o da sentença que decreta o divórcio, com ordem ao oficial de registro civil para que proceda à respectiva averbação. Todavia, é de ver que tal sentença é constitutiva negativa, haja vista corresponder sua eficácia preponderante à desconstituição de uma relação jurídica. O fato de essa sentença também reclamar a expedição de um mandado para que o registrador civil averbe o divórcio não tem o condão de torná-la preponderantemente mandamental.

³⁶³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999, t. VI, p. 23, grifo do autor.

³⁶⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999, t. VI, p. 29.

³⁶⁵ Daí ter asseverado Ovídio Baptista que “[a] doutrina moderna está longe das tímidas tentativas dos primeiros juristas que se dedicaram ao estudo das ações mandamentais [*rectius*: sentenças mandamentais], para os quais a particularidade que as distinguiu das demais classes de sentenças residia no fato de conterem elas uma *ordem* emitida por um órgão do Estado (magistrado) contra outro órgão público, que seria necessariamente seu destinatário” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 425, grifo do autor). Convém registrar, no entanto, que o autor alemão admitia que noutros ordenamentos o conceito pudesse aplicar-se a figura diversa no que tange ao destino da ordem – aliás, referia-se nesse particular, expressamente, aos *writs of mandamus* e às *injunctio*ns dos sistemas jurídicos algo-saxônicos (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil. *Revista de processo*, RT, São Paulo, v. 97, pp. 251-264, 2000).

de ações” (art. 83), incluiu-se a mandamental, e entre as “medidas necessárias” referidas no § 5º do art. 84 está certamente abarcada a ordem, elemento que qualifica a sentença mandamental. O interesse pelo tema aumentou com a (já comentada acima) redação dada ao art. 461 do CPC de 1973 pela Lei 8.952/1994, quase igual à do art. 84 do CDC, generalizando-se as sentenças mandamentais para quaisquer casos de prestação de fazer e não fazer – a Lei 10.444/2002 estendeu essa generalização também às prestações de entregar coisa, com o art. 461-A do CPC de 1973.

Como explicado acima, esse diapasão de tutela foi continuado, em essência, pelo novo CPC (v. arts. 497 a 499 e 536 a 538), que inclusive faz referência expressa aos provimentos mandamentais em alguns dispositivos, o mais expressivo dos quais talvez seja o art. 139, IV, que elenca entre os poderes do juiz o de proferir “todas as medidas [...] mandamentais” necessárias à efetividade da tutela jurisdicional.

4.5.2.2 *Conceito atual de provimento mandamental*

Há ainda desencontro na doutrina acerca do conceito de sentença mandamental. Para José Carlos Barbosa Moreira, a ordem do provimento mandamental pode dirigir-se tanto ao réu como a um terceiro (não parte na relação processual), como ocorre com a sentença que determina a auxiliares do juízo a prática de atos executivos sub-rogatórios. Avizinha-se dessa compreensão a oferecida por Ovídio Baptista, que, malgrado definir sentença mandamental como a que contém ordem dirigida ao réu,³⁶⁶ parece compreender, na análise específica dos casos, que sentença com determinação (ou ordem) dirigida aos auxiliares do juízo para prática de atos executivos é igualmente mandamental.³⁶⁷ Ao que parece, essa linha de compreensão

³⁶⁶ “A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado [...]”; “[...] a sentença mandamental deve conter, como efeito preponderante, uma ordem que se expede por meio de um mandado dirigido ao réu, impondo-lhe o cumprimento da sentença” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, pp. 336 e 426).

³⁶⁷ É o que se depreende do seguinte extrato de sua obra: “Ações mandamentais existem em que a eficácia preponderante da sentença, expressa no mandamento judicial, realiza-se inteiramente, sem ficar na dependência do cumprimento voluntário do demandado. É o que ocorre com a maioria das ações cautelares, tais como o *arresto*, o *sequestro* e a *busca e apreensão*, cuja realização se faz através do órgão judiciário” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 355, g.n.). Como se vê, Ovídio Baptista considera mandamental, e.g., sentença de busca e apreensão, em que há determinação dirigida a auxiliares do juízo, para concretização da medida executiva direta. Parece também assim compreender Cândido R.

inspirou-se em texto do próprio Pontes de Miranda, para quem, na sentença mandamental, o “mandado [= ordem] pode ser dirigido a outro órgão do Estado, ou a algum sub-órgão da justiça, ou a alguma pessoa física ou jurídica”.³⁶⁸

Essa compreensão, porém, não se afigura adequada. A sentença com determinação de medidas executivas a serem realizadas por terceiros, especialmente auxiliares do juízo (oficiais de justiça, p. ex.), não é mandamental, mas executiva, pois tende a realizar, em sucedâneo ao exercício da ação de direito material executiva por seu próprio titular, a prestação que se lhe deve. Essa determinação do juiz – direcionada aos auxiliares da justiça para que deem realização a medidas executivas – qualifica como preponderantemente executivo o espectro eficaz da sentença que a contém; não, como mandamental. Por razões práticas, um tanto óbvias, de organização da prestação jurisdicional, não é função do próprio juiz realizar pessoalmente os atos executivos que estabelece, mas isso não modifica a natureza do provimento.

Para outra concepção doutrinária, sentença mandamental é aquela em que “o juiz atua sobre a vontade do demandado, ordenando sob pena de multa” ou outra medida coercitiva, de sorte que a peculiaridade dessa classe de sentença estaria na *coerção*.³⁶⁹ Em abono dessa tese, argumenta Luiz Guilherme Marinoni que “não há como pensar que a sentença que atua mediante execução indireta não deva ser diferenciada da que se realiza mediante execução direta”,³⁷⁰ ou seja, sentença na qual se estabelecem medidas executivas indiretas deveria ser classificada como mandamental, ao passo que aquela em que se determinam medidas executivas diretas enquadrar-se-ia entre as executivas.³⁷¹

Não se concorda com essa concepção. Conforme acima exposto quanto à sentença executiva, a determinação de medida executiva, seja de sub-rogação (execução direta), seja de coerção (execução indireta), confere o traço distintivo de provimentos preponderantemente executivos, visto que ambas as espécies de medidas são abrangidas pela noção de execução

Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III, p. 243).

³⁶⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999, t. VI, p. 29.

³⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 1. ed. e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n.p.

³⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 1. ed. e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n.p.

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

forçada. Quer dizer, a decisão executiva, quer mediante meios sub-rogatórios, quer por meios coercitivos, dirige-se a forçar, em substituição à ação de direito material (também executiva) do titular do direito, a satisfação deste – e é justo isso que fixa sua classificação como executiva.³⁷²

No presente trabalho, reputa-se mandamental o provimento em que há ordem dirigida à parte ou a terceiro para que cumpra o dever jurídico judicialmente constatado que lhe incumbe.³⁷³ Essa ordem, para que se qualifique como eficácia preponderante da decisão, emoldurando-a como mandamental, deve nela estar desacompanhada de quaisquer outras medidas executivas diretas ou indiretas, como se intenta justificar alguns parágrafos abaixo. Não se enquadra em tal categoria, de resto, decisão que determine a auxiliares da justiça (inclusive eventuais) a realização de medidas executivas; essa decisão é executiva.

Não se olvida que na ordem há, de certa forma, execução indireta (coerção). É certo que a ordem implica pressão psicológica sobre seu destinatário. A despeito disso, justifica-se a catalogação dos provimentos que a contêm em classe própria, a das mandamentais, por expressar a ordem, de forma mais veemente que outras medidas, o chamado poder de *imperium* do Estado, podendo seu descumprimento, por isso, conduzir a consequências das mais graves, notadamente repressão de natureza penal. De fato, não se sujeitando o réu à ordem, pode sua conduta amoldar-se ao tipo do crime de desobediência (Código Penal, art. 330), como prevê expressamente o CPC, no art. 536, § 3º, para os casos de prestação de fazer e não fazer: “[o] executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência”. Por isso, parece adequado devam ser isoladas, em classe apartada – a das mandamentais –, as decisões e sentenças cuja força eficaz expresse-se predominantemente por uma ordem.

Nos ordenamentos jurídicos de tradição anglo-saxã, em geral se confere ao juiz poder para emitir ordens mais amplo e guarnecido que o do juiz dos ordenamentos entroncados no sistema romano-germânico. Naqueles ordenamentos, o poder ordenatório do juiz expressa-se, especialmente, por meio dos remédios *specific performance* e *injunction*, cuja desobediência pode ser considerada “desprezo pelo tribunal” (*contempt of court*), sujeita à multa e prisão até

³⁷² A rigor, a própria ordem, de per si, configura um meio de coerção. Não obstante, pelas razões abaixo indicadas, convém que as decisões que a veiculam sejam catalogadas em classe própria, a das mandamentais, e não como executivas.

³⁷³ O CPC menciona expressamente a possibilidade de decisões mandamentais, com ordem dirigida à parte ou a terceiro, p. ex., para a adequada instrução probatória do processo (v. arts. 380, 400 e 403).

que a ordem seja cumprida.³⁷⁴ Como já se explicou, a *injunction* consiste em ordem judicial de fazer ou não fazer, emitida quando a reparação pecuniária for insuficiente à proteção do direito.³⁷⁵ São reconhecidas quatro espécies de *injunctions*:

- i) *restorative injunction*, que corrige violação de direito consumada pelo desfazimento do erro já ocorrido, agindo retroativamente;
- ii) *preventive injunction*, que visa prevenir a ocorrência de violação do direito;
- iii) *prophylactic injunction*, que tende a salvaguardar o direito do autor ao direcionar o comportamento do réu com o objetivo de minimizar as chances de ocorrência de uma violação no futuro;
- iv) *structural injunction*, que são decisões judiciais que implicam o envolvimento dos tribunais na determinação e implementação de políticas públicas, a fim de garantir o cumprimento da legislação vigente.³⁷⁶

Como forte instrumento para garantir a autoridade de *injunctions* em face das partes e de terceiros, o instituto do *contempt of court* tem sido há muito utilizado amplamente no direito norte-americano com duas finalidades, uma primária, como medida coercitiva para o cumprimento da ordem, e outra secundária, de punição por seu descumprimento. O *contempt* é dividido em duas classes, o *civil contempt* e o *criminal contempt*. Não obstante haja certa dificuldade na prática forense estadunidense para diferenciá-los – dadas suas grandes semelhanças e sutis diferenças –, em linhas gerais, pode-se dizer que: (i) o *civil contempt* tem natureza preponderantemente coercitiva, de sorte que tanto a multa quanto a prisão com que se ameaça (por intermédio de intimação pessoal) a parte ou terceiro destinatário da ordem (a qual deve ser clara) são medidas civis, aplicadas sumariamente em face do descumprimento da decisão e suspensas mediante seu cumprimento; ao passo que (ii) o *criminal contempt* tem natureza essencialmente punitiva, de maneira que a prisão e a multa funcionam aí como penas aplicadas em razão de fatos passados por meio de procedimento próprio ao sancionamento criminal.³⁷⁷

Pois bem, a aludida disparidade de poderes havida entre os juízes de um e de outro sistema jurídico deveu-se essencialmente à enorme influência exercida sobre o direito do sistema romano-germânico pelos ideais iluministas dos enciclopedistas, dentre os quais se destaca Montesquieu, para quem o juiz não deveria ser senão *la bouche de la loi* (a boca da lei). Daí a resistência ostensiva nesses ordenamentos à outorga de poderes de *imperium* ao Judiciário, cuja manifestação mais expressiva talvez seja a permissão para pronunciar ordens dirigidas aos

³⁷⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

³⁷⁵ BAUERMANN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

³⁷⁶ BAUERMANN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, pp. 28-29.

³⁷⁷ BAUERMANN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

jurisdicionados, que começou a ser admitida com mais largueza no Brasil apenas há cerca de três décadas.³⁷⁸

Fortaleceu-se, assim, há não muito tempo no país a “preocupação em torno do prestígio da atividade jurisdicional, reforçando-se a ideia de que o *imperium* é inseparável da *jurisdictio*”, levando à “tendência para a generalização da tutela mandamental, à semelhança do que ocorre nos sistemas inglês e norte-americano”.³⁷⁹ Sobre o ponto, observe-se ainda com Miguel Medina que o *criminal contempt* assemelha-se à sanção aplicável no Brasil para o crime de desobediência (CP, art. 330).³⁸⁰

A gravidade da consequência que pode derivar do descumprimento da ordem judicial aconselha não só o enquadramento dos provimentos que as veiculem em classe própria, mas também que a ordem esteja desacompanhada de quaisquer outros meios executivos, inclusive os indiretos ou de coerção (como a multa), para que fique bem caracterizada e destacada sua mandamentalidade. Se à ordem for somada outra medida executiva (como a cominação de multa), esta se lhe sobrepõe, desfigurando-a e tornando preponderantemente executiva a sentença, de maneira que a desobediência a ela não configurará crime de desobediência. Essa conclusão quanto à atipicidade penal da conduta, aliás, vem-se repetindo há bastante tempo nos tribunais superiores, ainda que por fundamentos diferentes.³⁸¹

³⁷⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

³⁷⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 465-466.

³⁸⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 464.

³⁸¹ Cf.: “Se o juiz comina pena pecuniária para o descumprimento de preceito judicial, a parte que desafia tal ameaça não comete o crime de desobediência. Precedentes” (STJ, 3ª T, HC 37279/MG, rel. Min. Umberto Gomes de Barros, j. 28.09.2004, DJ 25.10.2004, p. 334); “Conforme a própria decisão de antecipação de tutela proferida pelo Juiz na Ação Cominatória, o seu descumprimento, mediante a realização de transporte sem a devida autorização, implica especificamente na cominação da pena pecuniária previamente fixada, mostrando-se impertinente a alegação de crime de desobediência” (STJ, 5ª T, RHC 12130/MG, rel. Min. Edson Vidigal, j. 05.02.2002, DJ 18.03.2002, p. 276); “Para a configuração do delito de desobediência, salvo se a lei ressalvar expressamente a possibilidade de cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal, não basta apenas o não cumprimento de ordem legal, sendo indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção determinada em lei específica no caso de descumprimento. (Precedentes)” (STJ, 5ª T, HC 22721/SP, rel. Min. Feliz Ficher, j. 27.05.2003, DJ 30.06.2003, p. 271); “Existindo na ordem judicial, como ocorre no caso concreto, previsão de sanção específica para a hipótese de descumprimento (multa diária), não se configura o crime de desobediência, em razão da sua atipicidade. Precedentes desta Corte e do STF” (STJ, 6ª T, RHC 68.228/PA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 26/04/2016, DJe 04/05/2016); “3. Mostra-se indevida a cumulação de sanções sem expressa previsão legal, pois quando o legislador intentou associar a imposição de multa juntamente com a imputação delitiva por desobediência fê-lo explicitamente, como na hipótese do artigo 219 do Código de Processo Penal. 4. O artigo 14, inciso V e parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973 c.c. o artigo 3.º do Código de Processo Penal não respalda a junção de sanções, visto que o citado regramento refere-se à multa processual, de natureza punitiva e compensatória, sendo a multa aqui em liça cominatória, de natureza coercitiva, para impelir o destinatário a cumprir o decidido em via judicial, persuadindo-o. 5. Evidenciando-se a

Na linha da jurisprudência, confira-se também o Enunciado n. 61 da 2ª Câmara de Coordenação Criminal do Ministério Público Federal, que reclama ainda outros requisitos para a configuração do delito, que acabam por enfraquecer um pouco a repressão penal:

Para a configuração do crime de desobediência, além do descumprimento de ordem legal de funcionário público, é necessário que não haja previsão de sanção de natureza civil, processual civil e administrativa, e que o destinatário da ordem seja advertido de que o seu não cumprimento caracteriza crime. O cumprimento da ordem, ainda que tardio, também afasta a tipificação e a inexistência de prova quanto à ciência pessoal e inequívoca por quem tinha o dever de atendê-la caracteriza falta de justa causa (Redação alterada na 179ª Sessão Virtual de Coordenação, de 27/04/2020).

Por outro lado, a desobediência à ordem contida no provimento mandamental atrai outrossim a incidência de regras do art. 77 do novo CPC – também espécie de *contempt of court* –, o qual arrola, entre os deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo, o de “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação” (inciso IV), cujo descumprimento caracteriza “ato atentatório à dignidade da justiça”, o que, após advertência (§ 1º), deve acarretar, “sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis”, aplicação de “multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta” (§ 2º), exceto aos “advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público [...]”, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou

inexistência de previsão legal para que o agente responda também por crime de desobediência, além da anterior imposição de multa diária pelo descumprimento da ordem emanada por juiz togado, deve ser expurgada a indevida cumulação das sanções, dada a ausência de adequação típica da conduta imputada. 6. Recurso provido a fim de reconhecer a atipicidade da conduta irrogada ao recorrente e determinar o trancamento do processo criminal” (STJ, 6ª T, RHC 67.476/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 26/04/2016, DJe 03/05/2016); “I - Com efeito, nos termos da jurisprudência desta eg. Corte Superior de Justiça, ‘[...] O crime de desobediência é subsidiário e somente se caracteriza nos casos em que o descumprimento da ordem emitida pela autoridade não é objeto de sanção administrativa, civil ou processual’ (AgRg no HC 345.781/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 31/05/2016). II - A jurisprudência do STJ e do STF têm por consolidada a aplicação dessa orientação ao delito previsto no art. 1º, inc. XIV, do Decreto-lei 201/67. A respeito e em casos análogos aos dos autos, ou seja, em que se imputou a Prefeito a conduta prevista no art. 1º, inc. XIV, do Decreto-lei 201/67 por descumprimento de liminar em ação civil pública ou mandamental, para o qual a autoridade judicial estipulara multa diária, destaca-se precedentes dessa col. Corte Superior e do Pleno do Supremo Tribunal Federal: HC 92.655/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 25/02/2008; HC 68.144/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 04/06/2007; Inq 3155, Tribunal Pleno, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJe 11/10/2011” (STJ, 5ª T, AgRg no AREsp 1175205/GO, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 12/12/2017, DJe 18/12/2017); e “Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária (‘astreinte’) fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência” (STF, 2 T, HC 86254, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/10/2005, DJ 10-03-2006 PP-00054).

corregedoria, ao qual o juiz oficiará” (§ 6º). Esse artigo frisa ainda que “[o] representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar” (§ 8º).³⁸²

Embora exerça pressão psicológica no sentido do cumprimento da decisão judicial, a multa prevista nesse dispositivo legal tem caráter eminentemente punitivo, pois é imposta após a desobediência à ordem, como pena por essa conduta, e pode ser cumulada com a punição criminal pela configuração do delito de desobediência, já que o artigo ressalva expressamente a aplicação de outras sanções, inclusive criminais.

4.5.2.3 Possibilidade de determinação posterior de medidas executivas coercitivas e/ou sub-rogatórias para a efetivação da sentença mandamental

A ordem judicial é instrumento bastante útil em se tratando de reestruturação de políticas públicas, como denota a tradição das *injunctions* em tal campo na jurisprudência estadunidense. Pode ocorrer, todavia, que a sentença mandamental – malgrado as consequências que podem advir ao desobediente da ordem nela contida –, prostre-se ineficaz para tutelar o direito reconhecido. Nesse caso, pode-se reforçar a coercitividade por meio da cominação de multa, por exemplo. Pode suceder, ainda, que a determinação de medidas executivas diretas, antes inviável, torne-se, por conta de uma modificação do estado das coisas, factível. Assim, nada impede a determinação das medidas sub-rogatórias necessárias à satisfação do direito reconhecido na sentença mandamental, cuja ordem não foi hábil por si só a tutelá-lo.³⁸³

Essa possibilidade é similar à outra, já tratada acima, de o juiz, no cumprimento da sentença executiva, modificar o valor e a periodicidade da multa fixada, bem como determinar medidas executivas não estabelecidas na sentença.³⁸⁴ Destarte, *mutatis mutandis*, valem de todo aqui as considerações ali apresentadas. Rememore-se tão somente que o art. 536 do CPC prevê

³⁸² Importa observar que o artigo equivalente no CPC de 1973 previa expressamente o dever de exato cumprimento dos “providimentos mandamentais” (art. 14, V, com a redação dada pela Lei 10.358/2001).

³⁸³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

³⁸⁴ Na lição de Ovídio Baptista, “[t]al como acontece com as ações executivas, também as mandamentais contêm atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência. Na mesma relação processual de conhecimento” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 336).

explicitamente que, no curso do cumprimento da sentença, devem-se determinar medidas de execução direta ou indireta, inclusive atípicas, para efetivação do direito, o que vai ao encontro da regra do art. 139, IV, que estabelece o poder-dever do órgão judicial de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”.

4.5.3 Mitigação do princípio da congruência

Dos arts. 141 e 492 do CPC, dentre outros dispositivos, desdobra-se o princípio da congruência (ou correlação ou adstrição) entre provimento jurisdicional e demanda. O art. 492, específico em relação à sentença, busca atá-la ao pedido em suas perspectivas imediata – concernente à classe de sentença pretendida (condenatória, constitutiva etc.) – e mediata – referente ao objeto pedido e sua quantidade, isto é, ao bem da vida buscado.

O princípio da congruência inspira-se em ideias do liberalismo político, com vistas à limitação do poder estatal. Hoje, porém, com as mudanças ocorridas na feição e nas funções do Estado, não mais tão ligado ao ideal liberal e também preocupado com o bem-estar social – pelo menos, no plano jurídico positivo, como denotam inúmeros preceptivos da Constituição –, o imperativo de darem-se respostas jurisdicionais efetivas a novas e complexas situações fáticas merecedoras de tutela, aliado à exigência crescente por uma atuação jurisdicional mais adequada ao direito violado, impuseram que se conferisse maior poder de decisão e atuação ao juiz, o que ocorreu, entre outras coisas, com a mitigação do princípio da tipicidade dos meios executivos e o correspondente surgimento do princípio da atipicidade, como acima indicado; com a possibilidade, também tratada acima, de determinação, na fase executiva de sentenças executivas e mandamentais, de medidas de execução não estabelecidas na sentença; com a atenuação da separação entre cognição e execução; e, finalmente, com a aplacação do princípio da congruência.

Essa flexibilização da congruência iniciou-se em 1990 com o CDC, art. 84, aprofundou-se em 1994 com a modificação do art. 461 e, depois, ainda mais, com o art. 461-A, ambos do CPC de 1973, os quais a estenderam para todos os casos de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa. Como já indicado, o novo CPC, nos arts. 497 a 499 e 536 a 538, continuou em linhas gerais a sistemática do CPC de 1973 no particular.

Com efeito, prevê o art. 537, *caput*, do CPC de 2015 que “[a] multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação”. O § 1º do artigo dispõe ainda que, em dadas hipóteses, “[o] juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la”. Já o art. 536, *caput*, estabelece que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias”, arroladas exemplificativamente no seu § 1º. Esses preceitos, referentes a prestações de fazer e não fazer, aplicam-se também para prestação de entregar coisa (art. 538, § 3º). Portanto, frente a essas espécies prestacionais, independentemente da natureza da sentença pedida pelo autor na exordial, pode o juiz, para entregar tutela específica ou resultado prático que lhe seja equivalente, proferir tanto sentença mandamental quanto sentença executiva, optando fundamentadamente pelas medidas mais adequadas à tutela do direito material.

Importa salientar, de outro lado, que, se for caso de concessão de resultado prático equivalente, não fica o juiz limitado à prestação pedida na inicial; ao contrário, por lógica, se pedida tutela específica, ele terá de entregar medida que àquela equivalha, diferente, pois, da originariamente pretendida. Logo, nesse caso, a sentença não fica restrita, outrossim, ao pedido mediato elaborado na peça vestibular. Para a tutela do direito reconhecido na sentença, ante lesão ou ameaça também nela afirmada, o juiz deve prover a tutela mais adequada às circunstâncias do caso concreto em sua configuração atual, técnica muito útil para a solução de litígios estruturais. Nesse sentido, assevera Ricardo de Barros Leonel:

Prevedo o ordenamento que o juiz conceda providências que assegurem o resultado equivalente ao que era pretendido pelo autor, acabou permitindo certa margem de liberdade ao magistrado para *adequar a tutela à situação concreta, verificada no curso de desenvolvimentismo de instância*.³⁸⁵

De fato, o art. 497 do CPC excepciona a exigência de adstrição ao pedido mediato devido à possibilidade de prestação de tutela pelo resultado prático equivalente, viabilizando “a tutela da obrigação originária da forma mais adequada possível”.³⁸⁶

Não há, portanto, preferência legal, imposta *a priori*, entre “tutela específica” e “resultado prático equivalente”; tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto e da análise da viabilidade, ou da maior praticidade, no emprego da tutela prestada por

³⁸⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 303, g.n.

³⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 627.

terceiro ou pelo próprio ordenado, bem como da maior ou menor onerosidade que cada uma dessas técnicas importar para o executado.³⁸⁷

Nota-se, por esse modo, estar hoje bastante abrandado, para a tutela de direitos com prestação de fazer, não fazer ou entregar coisa, o princípio da adstrição da sentença ao pedido, o que conta com “plena legitimidade sistemática conferida pela promessa constitucional de acesso à justiça, a qual não se positiva sem a efetividade das decisões judiciais”.³⁸⁸ Assim, em suma, há a “possibilidade de determinação de providência diversa da solicitada”, assim como a “possibilidade de concessão da providência pedida mediante a utilização de meio ‘executivo’ diferente do postulado”. E em “ambas as situações o juiz deve se pautar pelas regras do meio idôneo e da menor restrição possível”.³⁸⁹

4.5.4 Adequação das decisões executivas e mandamentais às necessidades peculiares aos litígios estruturais

Como se espera ter demonstrado até este ponto, a reforma de políticas públicas como meio necessário à proteção de direitos lesados ou ameaçados apenas pode realizar-se jurisdicionalmente de maneira adequada por meio de um processo coletivo – ou de um processo objetivo (em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade) –, no qual se dispõe de técnicas a tanto apropriadas.

Nesta subseção, pretende-se mostrar, em arremate ao que já se espera ter-se delineado, que a conformação normativa dos provimentos mandamentais e executivos, exposta acima, atende às necessidades comumente presentes para a tomada de decisões e sua efetivação em litígios estruturais.

Como técnicas processuais estruturais previstas de modo específico no direito brasileiro, costumam-se apontar regras aplicáveis a demandados (pessoas naturais ou jurídicas) de direito privado, como as relacionadas à falência e recuperação de empresas e à execução

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 708.

³⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III, p. 245.

³⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, pp. 710-711.

judicial de decisões do CADE mediante intervenção em empresa.³⁹⁰ Nessa execução é possível, como acima referido, a nomeação de interventor, figura assemelhada à do *special master* (v. arts. 96 e 102 a 111 da Lei 12.529/2011). No âmbito que interessa a este trabalho, dos processos estruturais em matéria de políticas públicas, não há previsões legais expressas de técnicas estruturais específicas. Todavia, tais previsões não se mostram imprescindíveis, pois o sistema normativo processual em vigor já oferece instrumentos adequados ao trato de litígios estruturais.

Inicialmente, rememore-se a primazia da tutela específica (ou pelo resultado prático equivalente) de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, estabelecida no reportado regramento (dos provimentos mandamentais e executivos), primazia que se mostra de todo adequada ao trato de litígios estruturais, cuja resolução – que reclama uma reestruturação institucional, como explicado –, não pode dar-se a contento mediante conversão em perdas e danos. Some-se a isso a previsão normativa de tutela específica contra um ilícito, inclusive inibitória e de remoção do ilícito, independentemente de dano, dolo ou culpa, elementos muitas vezes irrelevantes em litígios estruturais, causados por injuridicidade a ser sanada mediante um rearranjo da instituição envolvida, sem fixação de responsabilidade por indenização.

Por sua vez, a possibilidade de emissão de ordens, que caracterizam os provimentos mandamentais, é outra técnica bastante oportuna em processos estruturais, tanto na sentença quanto em decisões a ela anteriores ou posteriores. Essa possibilidade constitui expressão do poder de *imperium* inerente à jurisdição, em harmonia com o direito constitucional à tutela jurisdicional efetiva, razão pela qual o descumprimento da ordem judicial pode conduzir a graves consequências, como a configuração do delito de desobediência. Trata-se, no particular, de aproximação entre o direito brasileiro e os ordenamentos jurídicos da *common law*, em que tradicionalmente se confere ao juiz poder para emitir ordens, as *injunctions*, cuja desobediência pode ser reputada “desprezo pelo tribunal” (*contempt of court*) e consequentemente atrair cominações e sanções. Como já explicado, as *injunctions* têm sido amplamente utilizadas nos Estados Unidos em processos estruturais, convertendo-se, por assim dizer, na técnica processual por excelência para promoção de reformas institucionais. É relevante, pois, o papel desempenhado pela técnica mandamental nesse tipo de processo.

³⁹⁰ Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 339-354.

Merece ênfase também a atipicidade das medidas coercitivas ou sub-rogatórias determináveis em provimentos executivos, com base no § 5º do art. 84 do CDC e nos arts. 139, IV, 536, *caput* e § 1º, e 538, § 3º, do CPC. Esses preceptivos dispõem sobre a possibilidade de adoção das “medidas necessárias” (arroladas de forma exemplificativa) à efetivação da tutela de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, seja em sentença, seja em decisões interlocutórias nas fases de conhecimento ou execução. A escolha das medidas adequadas é balizada pelos princípios do meio mais idôneo (ou da máxima efetividade) e da menor onerosidade (ou da menor restrição possível) e deve ser amplamente fundamentada.

A possibilidade de emissão de ordens e a atipicidade das medidas executivas constituem técnicas decisórias e de efetivação ajustadas às necessidades dos litígios estruturais. Pode-se, por exemplo, adotar um primeiro comando pouco detalhado por meio de sentença mandamental, com ordem para que se apresente nos autos, em dado prazo, plano para rearranjo de certa política pública, de molde a cessar lesão ao direito reconhecido. Essa mesma determinação pode dar-se desde logo mediante fixação de medidas executivas (de coerção ou sub-rogação) – em sentença executiva, portanto. Em ambas as hipóteses, podem-se determinar, na fase executiva, novas medidas, inclusive com alteração ou em substituição às fixadas na sentença. Caso se tenha optado por uma sentença mais aberta, pode-se na fase executiva proferir novas decisões mais específicas com a determinação das medidas necessárias. E várias medidas atípicas podem ser adotadas, como, por exemplo, a divisão da execução em etapas ou a nomeação de *special master*.

Já sobre a conveniência de negociação em processos estruturais, inclusive na fase executiva, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira lembram os preceptivos do CPC que incentivam e ampliam as possibilidades de autocomposição em qualquer tempo, inclusive na execução e com abrangência objetiva e subjetiva maior que a do processo (arts. 3º, §§ 2º e 3º, 139, V, e 515, II, III e § 2º).³⁹¹

De outra parte, no que se refere à mutabilidade dos litígios estruturais no tempo – em razão de alterações fáticas, de aspirações sociais, avanços científicos e tecnológicas etc. – e possíveis dificuldades processuais de adaptação a tais mudanças em razão das regras sobre coisa julgada, parece que tais dificuldades restam superadas, em boa medida, pela disciplina legal

³⁹¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 339-354.

dos provimentos mandamentais e executivos, em cujo cumprimento, como exposto, podem ser acrescidas, suprimidas ou alteradas medidas executivas, coercitivas ou sub-rogatórias, inclusive com a emissão de novas ordens, com vistas à efetivação do comando do provimento principal, sem que isso implique ofensa alguma à coisa julgada.³⁹²

Por fim, a exposta mitigação do princípio da congruência permite ao juiz decidir sobre os meios adequados e a providência mais apropriada à tutela do direito reconhecido, de acordo com o princípio da proporcionalidade e mediante robusta fundamentação.³⁹³

Portanto, talvez mais importante do que inovações legislativas quanto à temática, sejam hoje necessárias interpretações adequadas dos instrumentos já dispostos no ordenamento jurídico. O direito processual civil deve ser “interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição”, como se inicia o texto do CPC de 2015 já em seu art. 1º, em afirmação até óbvia, mas significativa. Há, de resto, um direito à “solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, como também prevê o CPC entre as “normas fundamentais do processo civil” (art. 4º). Esses dispositivos reforçam a ideia de instrumentalidade processual e tutela jurisdicional adequada e efetiva, inclusive na fase de cumprimento da decisão, estágio mais delicado do processo estrutural.

³⁹² Esse ponto foi objeto da subseção 4.5.1.3, acima. Com o objetivo de explicitar a possibilidade ora versada, o várias vezes citado Projeto de Lei 8.058/2014 (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências) veicula esta disposição: “Art. 20. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.”

³⁹³ Esse aspecto da disciplina legal das sentenças mandamentais e executivas foi abordado na subseção 4.5.3, acima. O Projeto de Lei n. 5139/2009 (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5139/2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências), que busca regram de forma mais abrangente a ação civil pública, contém dispositivo voltado a deixar explícita a necessidade de decisão em consonância com o estado atual do litígio: “Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.”

4.6 PROPOSTAS LEGISLATIVAS RELATIVAS AO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

Sem embargo do que se tem procurado mostrar – isto é, de que o atual sistema processual brasileiro já oferece instrumentos adequados ao trato de litígios estruturais –, convém indicar a existência de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional os quais ora buscam reformar o microsistema processual coletivo e acabam também por abordar técnicas processuais estruturais, ora objetivam especificamente disciplinar os processos estruturais.

Em ordem cronológica, a primeira referência a ser feita é ao Projeto de Lei n. 5139/2009, fruto de anteprojeto elaborado por uma comissão de juristas, com o fim de disciplinar a ação civil pública. O Projeto está parado na Câmara dos Deputados desde o ano de 2010, no aguardo de apreciação de recurso endereçado ao Plenário interposto contra análise conclusiva da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania no sentido de sua rejeição.³⁹⁴ No que se refere aos litígios estruturais, vale observar o que prevê este artigo do Projeto:

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.

Procurou-se atestar acima que, na atual disciplina processual, especialmente na parte referente aos provimentos executivos e mandamentais, a congruência entre demanda e provimento jurisdicional e a estabilização da demanda são flexibilizadas para que se possam levar em consideração na solução do litígio seus contornos mais atuais e a tutela mais adequada a suas características. No entanto, o art. 493 do CPC de 2015 (equivalente ao art. 462 do CPC de 1973), que trata de fatos supervenientes à propositura da ação, tem sido majoritariamente interpretado de forma restritiva, exigindo-se que o fato novo referido na hipótese legal guarde relação com o fato principal configurador da causa de pedir exposta na inicial. Assim, a interpretação mais em voga das regras de estabilização objetiva do processo, em especial quanto à causa de pedir, pode mostrar-se inadequada a litígios estruturais.³⁹⁵ Por isso, conquanto o CPC

³⁹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5139/2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências.

³⁹⁵ COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda

permita, sem qualquer contorcionismo interpretativo, tratamento adequado ao peculiar dinamismo dos litígios estruturais sob a perspectiva da estabilização da demanda, seria bem-vinda, para evitar interpretações inadequadas nesse campo, a alteração proposta com o transcrito artigo.

Além disso, tal Projeto de Lei, na linha de posição que veio a ser adotada pelo STJ (v. *infra* subseção 5.9.2), prevê, em seu art. 37, que “[o] ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição”.

A segunda proposta legislativa a merecer referência é o já mencionado Projeto de Lei n. 8058/2014, em lenta tramitação na Câmara dos Deputados, que objetiva instituir “processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”.³⁹⁶ Esse Projeto traz previsões expressas que, convertidas em lei, dariam maior detalhamento e, por conseguinte, segurança ao emprego de técnicas processuais estruturantes acima referidas.³⁹⁷

Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370.

³⁹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

³⁹⁷ Confirmam-se as principais dessas previsões:

“Art. 2º. 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: [...] VI – universalidade das políticas públicas; VII – equilíbrio orçamentário. Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características: I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes; II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade; III – dialógicas, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade; IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica; V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público; VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto; VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual; VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público; IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis; X – que flexibilizem o cumprimento das decisões; XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.”

“Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em: I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil. [...] § 2º O planejamento será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.”

“Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.”

Além disso, como referido na subseção 3.4, esse Projeto contempla técnica de coletivização do processo.

Quadra, ainda, referir os Projetos de Lei ns. 4441/2020³⁹⁸ e 4778/2020³⁹⁹, ambos predispostos ao estabelecimento de uma “nova Lei de Ação Civil Pública”. O primeiro foi proposto pelo Deputado Paulo Teixeira e o segundo é fruto de anteprojeto confeccionado por grupo de trabalho instituído pelo CNJ. Referido Deputado apresentou na sequência o Projeto de Lei n. 1641/2021, com expresso intento de aprimorar e substituir os outros dois Projetos de 2020.⁴⁰⁰ Esse Projeto substitutivo foi “apresentado em homenagem à jurista Ada Pellegrini Grinover” “e foi elaborado a partir de comissão de juristas constituída por membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual”. O Projeto de Lei n. 1641/2021, como consta de seu art. 1º, visa à disciplina da “ação civil pública, também denominada ação coletiva”⁴⁰¹ e entre as inovações nele propostas encontra-se, em texto mais aprimorado em comparação com o do Projeto de Lei n. 8058/2014, regramento da técnica de coletivização do processo – objeto de veto presidencial no projeto do CPC de 2015, consoante exposto na subseção 3.4.

Por fim, vale mencionar que, em abril de 2024, o Presidente do Senado Federal instituiu “Comissão de Juristas com a finalidade de apresentar no prazo de 180 (cento e oitenta dias), anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil”.⁴⁰²

³⁹⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4441/2020. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública.

³⁹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4778/2020. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências.

⁴⁰⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1641/2021. Disciplina a ação civil pública.

⁴⁰¹ Como se vê, o Projeto não abraçou a diferenciação entre ação civil pública e ação coletiva acima exposta (subseção 3.2.1).

⁴⁰² BRASIL. Senado Federal. *Boletim Administrativo do Senado Federal*: número 9244: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 12 abr. 2024.

5 FALTA DE CONDIÇÕES DA AÇÃO EM DEMANDAS INDIVIDUAIS PARA MODIFICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Firmada a possibilidade de modificação judicial de políticas públicas quando for caminho necessário à tutela de direitos lesados ou ameaçados (seção 1), assim como mostrados os graves problemas e distorções gerados pela indiscriminada litigância individual hodiernamente preponderante em tal campo (seção 2), em contraste com a muito maior adequação das técnicas dispostas pelo sistema processual coletivo para o tratamento jurisdicional desses litígios (seção 3), que normalmente assumem contornos estruturais, a exigirem aproximação processual compatível com suas peculiaridades e complexidade, exigência cujo atendimento pode ser extraído do vigente ordenamento jurídico (seção 4), parece ter-se pavimentado percurso para análise, nesta quinta e última seção do desenvolvimento do texto, das condições da ação em demandas voltadas à modificação em políticas públicas.

Pensa-se que esta velha e tão debatida categoria, a das condições da ação, tem muito a contribuir em matéria de alteração jurisdicional de políticas públicas, máxime pela perspectiva da instrumentalidade do processo, não obstante, na prática forense, seja bem pouco manejada nessa seara, talvez porque falte fundamentação acadêmica que busque analisar o tema assim delimitado com profundidade, contribuição que, modestamente, se busca fazer neste trabalho.

Considerando-se que o caráter inovador da presente tese está na compreensão de que alterações judiciais em políticas públicas devem ter trânsito apenas pela via coletiva, ordinariamente em processos estruturais, falecendo, em princípio – diz-se em princípio porque tal análise deve ser realizada caso a caso –, a demandantes individuais legitimidade para agir e interesse processual para promoção de tais alterações, parece oportuno e até necessário que se mostre com clareza o que se compreende por cada uma das condições da ação, pois só assim se poderá com segurança dizer se elas estão ou não presentes em demandas individuais voltadas àquela finalidade. Para tanto, cumpre abordar nesta última seção do trabalho, ainda que brevemente, a teoria da ação, mormente a teoria das condições da ação, bem como a forma preconizada para sua aplicação, com o objetivo de ao final buscar apresentar resposta embasada quanto à comparência das condições da ação nas apontadas demandas individuais.

5.1 UMA PALAVRA INICIAL SOBRE A AÇÃO

O estudo da ação é um desafio. Muitos juristas, estrangeiros e brasileiros, procuraram explicá-la. Trata-se de importante categoria processual, cuja compreensão ajuda a alumiar muitos temas e problemas em processo. Como relata Pontes de Miranda, durante longo período, em função da influência do direito romano, especialmente por conta do acatamento à célebre definição de Celso – *actio autem nihil aliud est, quam ius perseguendi iudicio quod sibi debeat* (“mas a ação não é outra coisa que o direito de perseguir em juízo aquilo que se deve”) –, enxergou-se a ação exclusivamente como o próprio direito subjetivo enquanto agindo para repelir sua violação. Por esse modo, não é de estranhar a afirmação de que só existiria ação se houvesse direito subjetivo. Essa é a concepção da chamada escola clássica, imanentista ou civilista, que tinha à testa Savigny.⁴⁰³

Tal teoria não resistiu à célebre polêmica entre Windscheid e Muther sobre a *actio* romana, ocorrida na Alemanha de meados do século XIX, a partir da qual se passou a conceber a ação com novos contornos, como manifestação de um direito de natureza pública, quer dizer, dirigido contra o Estado (tendo, assim, este como sujeito passivo), e desvinculado do direito subjetivo material lesado. Firmou-se, destarte, com algumas variações, a inteligência de ser o direito de ação autônomo em relação ao direito subjetivo material ventilado no processo.⁴⁰⁴

De um lado, apregoou-se a teoria do direito autônomo e concreto de ação; de outro, preconizou-se esse direito como autônomo e abstrato. Adolf Wach, em doutrina que ganhou grande repercussão, defendeu ser o direito de ação direcionado, concomitantemente, contra o Estado e contra o réu – daí sua compreensão da relação jurídica processual qual um triângulo. Além disso, afirmou-o autônomo e concreto. Autônomo porque distinto do direito material violado; concreto porquanto só efetivamente existiria se a sentença fosse, por fim, favorável

⁴⁰³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I. Recebeu nítida influência dessa corrente o art. 75 do Código Civil de 1916, que dispunha: “A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”. Tal dispositivo, para alguns autores, registre-se, estava absolutamente correto, pois, segundo eles, referia-se, na verdade, à ação de direito material (já indicada acima, na subseção 1.1.1, e sobre a qual haverá ainda referência na sequência). É possível sustentar, na esteira do pensamento de alguns processualistas, que o equívoco da escola civilista tenha consistido em misturar dois fenômenos distintos: a “ação” processual e a ação de direito material, como se verá.

⁴⁰⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

(*teoria do direito autônomo e concreto de ação*). Chiovenda perfilhou essa teoria, fazendo-lhe, porém, o reparo de não se tratar, em verdade, de um “direito de ação” – pois não haveria por parte do Estado uma obrigação correlata –, mas sim de um poder, ao qual corresponderia a sujeição do réu, caso a sentença fosse favorável.⁴⁰⁵

Essa orientação sucumbiu frente à larga aceitação posterior, com algumas poucas divergências e peculiaridades em cada autor, à *teoria do direito autônomo e abstrato de ação*, formulada em 1877 por Degenkolb, também na Alemanha, e pelo húngaro Plósz. Aqui, o direito de ação é entendido totalmente desvinculado ou independente do direito material invocado.⁴⁰⁶ Isso porque só se saberá se o demandante possui ou não o alegado direito, isto é, se tem ou não razão, ao final do processo, depois, portanto, da atuação jurisdicional. Ora, só há jurisdição e processo com o exercício do direito de ação.⁴⁰⁷ Ainda quando se constate, ao cabo do feito, não ter o autor o direito subjetivo que alegara, ação houve, pois somente com a provocação da jurisdição, e sua atuação através do processo, pôde-se aferir que lhe não assistia razão.

Em adaptação a essa última teoria, Liebman formulou a teoria das condições da ação, por alguns apelada de eclética, que exerceu ampla influência não só na doutrina nacional, como também sobre a legislação processual brasileira. Em razão de sua importância para o presente trabalho, a análise dessa teoria será objeto da próxima subseção. Adiante-se de logo, porém, que Liebman, buscando talvez abrandar o que enxergava como um exagero da teoria abstrata, estabeleceu em sua teoria um ponto de ligação entre a ação e o direito subjetivo material alegado, um liame ou ponto de contato que se consubstancia nas condições da ação – legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Em resumo, a conclusão à qual chegou foi esta: seria a ação o direito subjetivo público instrumental à sentença de mérito, favorável ou desfavorável, que somente poderia ser alcançada depois de verificado o preenchimento das condições da ação. Para ele, pois, somente haveria exercício da jurisdição quando o juiz se pronunciasse sobre o mérito, sobre o fundo da causa. A doutrina majoritária, no Brasil, acolhe a teoria de Liebman, fazendo-lhe um ou outro reparo apenas.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴⁰⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴⁰⁷ A trilogia clássica estrutural do direito processual abrange os conceitos interdependentes de jurisdição, ação e processo (PODETTI, José Ramiro. *Teoria y tecnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1963).

⁴⁰⁸ Para um resumo um pouco mais detalhado do desenvolvimento moderno e contemporâneo do conceito de ação – da teoria imanentista, passando pelas teorias concreta (e sua variação em Chiovenda como direito potestativo),

Não faltou, contudo, quem objetasse a essa teoria. Quando o juiz profere sentença afirmando a carência de ação do autor – vale dizer, declarando faltar uma das condições da ação e, por conseguinte, inexistir direito de ação por parte do autor –, pela doutrina original de Liebman, não houve atuação jurisdicional. Ora, como é cediço, jurisdição, processo e ação são três institutos umbilicalmente interligados: onde há um, há os outros dois. Se for exercitada a ação, surge, porque provocada, a jurisdição, que só pode atuar por meio de um processo. Por outro ângulo, somente existe atuação jurisdicional e seu instrumento, o processo, quando há provocação por intermédio da ação (princípio da inércia). Dessarte, como explicar aquela referida sentença? Não houve ali processo? O juiz, que verificou a inexistência das condições para julgamento de mérito, não exerceu, por isso mesmo, jurisdição, dando amparo ao direito do demandante à tutela jurídica (mesmo que para afirmar a impossibilidade de julgar-lhe o fundo da causa)? E, se houve processo e jurisdição, não é imprescindível que também tenha sido, para tanto, acionado o Estado-juiz? Para além disso: se o pronunciamento de carência de ação, em razão de um lapso do julgador de primeiro grau, só tenha ocorrido ao final do feito, ou mesmo, em sede recursal – já que se trata de matéria não passível de preclusão⁴⁰⁹ –, não terá havido jurisdição e processo? Tais questionamentos conduziram alguns processualistas ao afastamento da teoria liebmaniana, ao passo que outros adaptaram a teoria de maneira a depurá-la de certas incongruências, como se verá.

Oferece Pontes de Miranda,⁴¹⁰ a propósito da ação, compreensão interessante, no que é seguido, com poucas divergências, por Ovídio Baptista.⁴¹¹ Malgrado sua não muito expressiva propagação, merece registro essa concepção, pois busca, a seu modo, enfocar a ação e os institutos processuais pela perspectiva da instrumentalidade. Parte-se, na linha do que já exposto na subseção 1.1.1, da diferenciação entre direito subjetivo, pretensão e ação de direito material. Como visto, pretensão de direito material consiste na exigibilidade, isto é, na possibilidade de

abstrata pura, até chegar na formulação abstrata de Liebman –, cf. COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁴⁰⁹ Posição majoritária na doutrina. Cf., a respeito, FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

⁴¹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I; e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. t. I.

⁴¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2; e SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2003.

exigir a prestação que é objeto do direito subjetivo, para satisfação deste.⁴¹² A pretensão é contida pelo direito subjetivo e respeita à possibilidade de exigir (= premir para que outro aja) que o obrigado satisfaça a prestação respectiva. Este pode estar ou não dela dotado. Direito creditício sob termo inicial (v. Código Civil, art. 131), *verbi gratia*, é, até seu vencimento, direito subjetivo não garantido ainda de pretensão, pelo que sua prestação é por ora inexigível. Na lição de Pontes de Miranda, “pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”.⁴¹³ Ao conceito de pretensão corresponde, no outro polo, o de obrigação, a qual consiste no “dever premível do destinatário”.⁴¹⁴ O exercício da pretensão (exigência da prestação) reclama, para seu sucesso, cumprimento voluntário pelo obrigado.⁴¹⁵

Com o exercício da pretensão de direito material e a correspectiva resistência do obrigado, que não satisfaz a prestação devida, nasce em potência a ação de direito material em favor do titular do direito, a qual se atualiza por um “exigir + agir” para a realização do direito, independentemente da vontade ou colaboração do obrigado.⁴¹⁶ Em síntese: “o credor tem direito subjetivo ao que se lhe atribui: tem-no, desde que a relação nasceu. A exigibilidade faz-lhe a pretensão. Se o devedor não paga como e quando deve pagar, cabe-lhe, então, a ação”.⁴¹⁷

A ação de direito material é hodiernamente exercida primordialmente pelo Estado, instado a tanto por uma “ação” processual,⁴¹⁸ mediante a qual o jurisdicionado exige e age em provocação da jurisdição – pois o Estado, tendo chamado para si o monopólio da função jurisdicional, passou a substituir o particular, exercendo a ação de direito material em seu lugar, ressalvados alguns raros casos em que ela ainda pode ser exercitada pelo próprio titular do

⁴¹² Foi Windscheid quem primeiro se referiu ao conceito de pretensão de direito material (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2).

⁴¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. t. I, p. 68.

⁴¹⁴ “Obrigação tem, pois, dois sentidos, o de dever, que é larguíssimo (posição subjetiva passiva correlata à de direito), e o de posição subjetiva passiva correlata à de pretensão” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. 68).

⁴¹⁵ Pontes de Miranda ensina que, nos direitos absolutos (com sujeitos passivos totais), a pretensão nasce concomitantemente com o direito e consiste na possibilidade de exigir que ninguém obste ao seu exercício (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I). Ovídio Baptista, no entanto, critica a concepção de pretensão de direito material nos direitos absolutos, atribuindo-lhe a pecha de artificial (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 197).

⁴¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. t. I, p. 64.

⁴¹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, pp. 95-96.

⁴¹⁸ Pontes de Miranda, Ovídio Baptista e outros autores referem-se à “ação” processual assim com aspas, para diferenciá-la da ação de direito material.

direito, conforme acima explanado (subseção 1.1.1). É desse monopólio estatal da jurisdição que decorre a pretensão processual ou pretensão à tutela jurídica, como também o direito subjetivo público, autônomo e abstrato à “ação” processual, ou seja, o direito conferido aos jurisdicionados de invocar a atividade jurisdicional do Estado. Se o Estado arrogou a si, com exclusividade, o declarar e o realizar o direito, por óbvio, teve também de atribuir, a todos quantos se encontrassem frente à gênese da ação de direito material referente a um seu direito, a possibilidade de exigir dele, Estado, que exercitasse essa ação em seu lugar.

Em sentido similar, Humberto Theodor Júnior salienta que, ao vetar a justiça pelas próprias mãos e ao assumir a plenitude da jurisdição, o Estado obrigou-se a prestá-la. Assim, há um direito de ação do cidadão, enquanto direito à jurisdição, e uma correspondente obrigação do Estado de prestá-la. Essa obrigação do Estado consiste em, após provocada sua atuação jurisdicional, “assegurar que a situação litigiosa encontre, em sua atividade de julgador imparcial, uma solução que importe realização da ordem jurídica”.⁴¹⁹

Entretanto, ao Estado só é possível exercer ação de direito material pelo jurisdicionado depois de se certificar que este realmente a possui. Ou seja, precisa primeiro atestar que o direito alegado existe, que a pretensão de direito material existe e foi exercida e que o obrigado se recusou a satisfazê-la, tendo, assim, vindo à luz também a ação de direito material. Mas o Estado não tem condições de saber, de antemão, se o indivíduo tem ou não direito, pelo que, surge o imperativo de conceder-se a qualquer um – independentemente da efetiva titularidade ou não do direito material invocado, *i. e.*, sem embargo de não se saber se a pessoa tem ou não razão – o direito subjetivo público à “ação” processual. Isso porque só depois se constatará se a pessoa que acionou o Judiciário tinha ou não o direito que afirmara possuir. E é precisamente por isso, por ser concedido a todos indistintamente, que recebe o direito de “ação” processual o qualificativo “abstrato”, quer dizer, de existência não vinculada ou independente do existir próprio do direito subjetivo sobre o qual se discutirá no processo. Dessarte, para essa linha de pensamento, “ação” processual não é senão o “exigir + agir” para invocar a atuação jurisdicional.⁴²⁰

⁴¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 17, p. 41-49, jan.-mar. 1980. *E-book*, n.p.

⁴²⁰ Pontes de Miranda, fiel a sua construção teórica, repele o uso da expressão “direito de ‘ação’”, porque entende ser a “ação” (processual) mero *plus* ao direito subjetivo público à prestação jurisdicional – como também o é a pretensão à tutela jurídica –, e não um direito outro (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. 96). Todavia, parece que a expressão *direito de ação*, no sentido de direito à tutela jurisdicional,

5.2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO EXAME DO MÉRITO

Porque o direito objetivo não é sempre observado, é necessária a jurisdição. No curso da história as civilizações evoluíram para vedar, como regra, a forma primitiva de solução de conflitos: a autotutela (ou justiça de mão própria). A função da prestar justiça passou a ser primariamente do Estado. Há ainda exceções a essa vedação, como, por exemplo, a legítima defesa da posse e o desforço imediato (CC, 1.210, § 1º), o direito de greve e a autoexecutoriedade de alguns atos da Administração Pública. Todavia, a jurisdição, que atua por meio do processo, é ainda a principal forma de solução de litígios em que não houve autocomposição.⁴²¹

Pode-se dizer que jurisdição (do latim *juris dictio* = dicção do direito) é função atribuída a terceiro imparcial de declarar e realizar o direito, em tutela de situações jurídicas concretamente deduzidas, com potencial definitividade. Suas finalidades podem ser assim sintetizadas: a realização do direito objetivo, a pacificação de litígios e a tutela de direitos subjetivos. Por consequência, o processo, instrumento de realização da jurisdição, tem também essas finalidades.

De fato, consoante já lembrado em outra oportunidade,⁴²² uma vez que a força normativa foi reconhecida como genuíno atributo da Constituição e em face dos compromissos paulatinamente incorporados aos textos constitucionais desde meados do século XX, o processo jurisdicional, mais que mecanismo voltado à atuação da vontade concreta da lei,⁴²³ passou a ser visto como instrumento efetivo de tutela de direitos, mormente dos assegurados constitucionalmente.⁴²⁴ A Constituição, art. 5º, XXXV, prevê que a lei não pode impedir que alegação de ofensa, atual ou em potência, a um direito possa ser apresentada à apreciação jurisdicional. Diante disso, o “processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de

acarreta menos confusões, simplificando o conhecimento do respectivo fenômeno, estando, no mais, amplamente difundida.

⁴²¹ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

⁴²² NASSAR, Marcos; RIBAS, Lídia Maria. Coletivização do controle judicial de políticas públicas: concretização igualitária e racional de direitos sociais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 45, pp. 98-121, mar.-jun. 2019.

⁴²³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000. v. I.

⁴²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material. De modo que entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação”.⁴²⁵

Para que o processo, instrumento que é, possa atingir seus objetivos, deve-se inicialmente verificar sua viabilidade. Isto é, deve-se evitar que processos fadados a um termo anormal, que não podem atingir suas finalidades ante a carência de requisito para exame do pedido formulado, prossigam de modo inútil, em desperdício de tempo, dinheiro (público) e energia que deveriam ser canalizados para solução de processos viáveis.⁴²⁶

A prestação jurisdicional requer custos, energia e tempo não apenas do Estado como também das partes. Daí que, de há muito, por razões de economia no processo, tem o órgão jurisdicional o dever de, por meio do velho despacho saneador, encerrar logo em seu começo processos inviáveis por força de defeitos insanáveis, evitando-se desperdícios. Com efeito, ao apresentar os antecedentes históricos do despacho saneador, Galeno Lacerda mostra que se trata de medida lógica e até intuitiva, com a qual se busca conferir maior racionalidade ao processo.

No despacho saneador deve o juiz verificar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação.⁴²⁷ Galeno Lacerda expõe as críticas dirigidas por vários autores a essa expressão, “despacho saneador”: não se trata de despacho, mas sim de decisão, pois tem conteúdo decisório relevante; e não seria saneador, pois ou extingue o processo ou reconhece que está em ordem para prosseguir. Todavia, o autor reputa justo o adjetivo saneador, pois efetivamente se inspeciona o processo para verificar e, se possível, expurgar-lhe os defeitos. De resto, apesar de concordar que se cuida em verdade de decisão, Galeno Lacerda mantém a expressão despacho saneador, porquanto já consagrada pelo uso em Portugal – onde nasceu – e no Brasil.⁴²⁸

A designação “despacho saneador” foi adotada literalmente no CPC de 1939.⁴²⁹ O

⁴²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 28.

⁴²⁶ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

⁴²⁷ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

⁴²⁸ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

⁴²⁹ O despacho saneador estava delineado essencialmente nestes artigos:

“Art. 293. Decorrido o prazo para contestação, ou reconvenção, se houver, serão os autos conclusos, para que o juiz profira o despacho saneador dentro de dez (10) dias.”

“Art. 294. No despacho saneador, o juiz: (Redação dada pelo Decreto-Lei 4.565/1942.)

I, decidirá sobre a legitimidade das partes e de sua representação, ordenando, quando for o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público; (Redação dada pelo Decreto-Lei 4.565/1942.)

CPC de 1973, em sua redação original, também a albergava textualmente como título da Seção III do Capítulo V do Título VIII do Livro I. Ainda em *vacatio legis*, porém, essa Seção passou a intitular-se “Do saneamento do processo”, por força da Lei 5.925/1973. Já em 2002, tal Seção recebeu terceiro título da Lei 10.444, a saber, “Da Audiência Preliminar”. O art. 331, único da Seção, disciplinava inicialmente decisão que deveria declarar saneado o processo e determinar o início da instrução probatória. Todavia, a Lei 8.952/1994 deu nova redação ao artigo, que passou a prever designação de audiência preliminar, para tentativa de conciliação, frustrada a qual seriam decididas, na própria audiência, as questões processuais pendentes, bem como fixados os pontos controvertidos e determinadas as provas a serem produzidas. Assim, o que tradicionalmente se denominava despacho saneador passou a ser feito, em regra, nessa audiência. Somente nos casos em que se inadmitisse ou fosse improvável transação é que se proferia ainda despacho saneador nos moldes tradicionais, sem audiência.

No CPC de 2015, por sua vez, que confere ainda maior ênfase, no art. 334, à conciliação ou mediação em audiência especificamente designada para isso, a disciplina do saneamento do processo concentra-se no art. 357, que prevê a resolução das “questões processuais pendentes” e a organização da subsequente produção da prova.

Para verificar se o processo é viável ou não e com isso evitar o referido desperdício de custos, energia e tempo, do Estado e das partes, recrutados na direção de prestação jurisdicional inútil, impende que se constate, inicialmente, a presença de dados requisitos de existência e validade do processo, bem como que estejam ausentes dados fatores que o invalidam. Oscar Von Bülow foi quem primeiramente sistematizou esses requisitos sob a designação pressupostos processuais – para ele, tratava-se de elementos constitutivos da relação jurídica

II, mandará ouvir o autor, dentro em três dias, permitindo-lhe que junte prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser, extintivo do pedido; (Redação dada pelo Decreto-Lei 4.565/1942.)

III, examinará se concorre o requisito do legítimo interesse econômico ou moral; (Redação dada pelo Decreto-Lei 4.565/1942.)

IV – pronunciará as nulidades insanáveis, ou mandará, suprir as sanáveis bem como as irregularidades; (Redação dada pelo Decreto-Lei 8.570/1946.)

V – determinará, *ex-officio* ou a requerimento das partes, exames, vistorias e outras quaisquer diligências, na forma do art. 295, ordenando que os interessados se louvem dentro de 24 horas em peritos, caso já não haja feito, e indicando o terceiro desempatador, como prescreve o art. 129. (Redação dada pelo Decreto-Lei 8.570/1946).”

“Art. 296. Não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294, o juiz, no próprio despacho saneador:

I – designará audiência de instrução e julgamento para um dos quinze (15) dias seguintes;

II – ordenará, quando necessário, o comparecimento à audiência, das partes, testemunhas e perito.”

processual.⁴³⁰ Além disso, há de aferir-se a presença de outra ordem de requisitos de admissibilidade, que mais de perto interessam ao presente trabalho, as condições da ação, de que se tratará com mais vagar logo adiante.

Barbosa Moreira, ao referir-se aos pressupostos processuais e às condições da ação, salienta que ambos compõem o gênero dos requisitos de admissibilidade do exame do mérito: “são dois os planos preliminares que a cognição judicial tem de atravessar para atingir seu alvo final, o mérito da causa. E pode-se considerar definitivamente incorporada à nossa tradição doutrinária essa distribuição, em três patamares sucessivos, da matéria sujeita ao exame do juiz”.⁴³¹

O direito constitucional de ação – ou princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, da Constituição) – garante a todos a possibilidade de demandar e de ver sua demanda apreciada pelo Judiciário, ainda que seja pela afirmação de inadmissibilidade de exame de seu mérito. Esse direito fundamental não garante sempre o julgamento do pedido (procedência ou improcedência), pois outros valores também constitucionais inspiraram e sustentam a existência de requisitos para tal julgamento, caso das condições da ação.⁴³²

Com efeito, a garantia constitucional de acesso à justiça não torna inconstitucionais os pressupostos processuais e tampouco as condições da ação, seja porque é legítimo que a lei preveja limitações justificadas à obtenção de provimento jurisdicional de mérito, seja, ainda, porquanto a sentença terminativa não deixa de ser uma resposta jurisdicional adequada ao caso, uma vez amparada na previsão legal de tais limitações.⁴³³ Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, “o legislador processual pode, legitimamente, estabelecer regras destinadas a ordenar o processo, a fim de adequá-lo aos princípios constitucionais e, à luz do princípio da economia processual, dotá-lo de mecanismos destinados a evitar atividades inúteis”.⁴³⁴

Se, por alguma razão extraída dos elementos da própria situação substancial deduzida na inicial pelo autor, verificar-se de plano que aquele processo não poderá proporcionar resultado útil – entendido este como a solução da crise de direito material

⁴³⁰ BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964.

⁴³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual civil*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83.

⁴³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

⁴³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 156, pp. 48-66, out./dez. 1991.

⁴³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 239.

–, melhor extingui-lo o quanto antes, evitando perda de tempo e desperdício de energia.⁴³⁵

Já no que se refere ao mérito do processo, vale referir a lição de Liebman, que, ao acolher parcialmente o conceito carneluttiano de lide – conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro –, fez-lhe o reparo de que o mérito não consiste necessariamente nesse conflito efetivamente havido na realidade social, fora do processo, mas sim no conflito deduzido em juízo, isto é, no conflito tal como moldado pelo pedido feito no processo. Assim, para Liebman, mérito do processo não guarda sinonímia com a lide de Carnelutti, conceito mais sociológico do que propriamente jurídico; antes, é conceito mais restrito: é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida tal qual deduzido em juízo, por escolha da parte autora. É sobre esse último conflito, apresentado na demanda, que decidirá o juiz, o qual não pode compor a lide ocorrida na realidade extraprocessual senão na medida em que ela lhe foi apresentada no processo.⁴³⁶

Segundo essa compreensão, numa palavra, é o pedido formulado pelo autor que forma o mérito ou objeto do processo. Talvez seja mais preciso dizer que o mérito é constituído pelo pedido qualificado pela causa de pedir, pois esta é importante para identificar aquele.⁴³⁷ Semelhantemente, na doutrina alemã predomina a compreensão de que mérito corresponde ao objeto do processo ou objeto litigioso do processo, que é a pretensão processual, a qual, por sua vez, consiste no pedido formulado na petição inicial ou no pedido com (ou identificado ou qualificado pela) respectiva causa de pedir.

De toda sorte, resolução do mérito é apreciação do pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o – o que constitui elemento necessário à formação da coisa julgada. Além das expressões já referidas, utilizam-se outras para designar o mérito do processo: *thema decidendum*, *res in judicium deducta* ou questão principal (julgada *principaliter*, no dispositivo da decisão, diferentemente das questões incidentais, apreciadas *incidenter tantum* como fundamentos da decisão).⁴³⁸

⁴³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 240.

⁴³⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976.

⁴³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁴³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Vale, por fim, observar que, na execução, há também mérito, identificado pelo pedido de execução (cumprimento forçado da obrigação inadimplida), o qual é atendido não por uma sentença de resolução de mérito, mas sim por atos executivos tendentes à satisfação do direito reconhecido. Logo, mérito executivo não é a questão principal do processo a ser decidida, mas sim atos a serem realizados para forçar o cumprimento da prestação devida.⁴³⁹

5.3 TEORIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

A jurisdição é inerte, para que com isso se preserve a imparcialidade do juiz. Daí a noção de ação, como direito de provocar a jurisdição, exercido contra o Estado.⁴⁴⁰ Por outro lado, o direito substancial e o processual são “reciprocamente necessários e complementares”: aquele sem este seria sempre sujeito à inefetividade, e o processo sem direito material não teria conteúdo e finalidade.⁴⁴¹ Por isso, se, por um lado, a ação como garantia constitucional é incondicionada, por outro, a ação como instituto processual requer a presença das condições da ação, vinculando-se a dada situação concreta – até porque a ação ou demanda é identificada precisamente por elementos absolutamente vinculados à situação concreta, como sucede de modo evidente com a causa de pedir.⁴⁴² A aferição das condições da ação põe em contato o processo e o direito material, pois é desde a relação jurídica material alegada que se poderá verificar a presença dessas condições.⁴⁴³

Liebman, tratando do despacho saneador como contribuição original do direito processual civil português e do brasileiro, frisa sua importância na marcação da separação entre questões preliminares processuais (pressupostos processuais e condições da ação) e mérito do processo. Consoante já apontado, o saneamento do processo serve a expurgá-lo de defeitos que podem levar a sua invalidação, com desperdício de tempo, energia e recursos.⁴⁴⁴ Trata-se de

⁴³⁹ SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título executivo*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

⁴⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

⁴⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 197.

⁴⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

⁴⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

⁴⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976.

racionalizar o exercício da jurisdição, conferindo-lhe organização e segurança.⁴⁴⁵

Deveras, nas palavras de Dinamarco, as condições da ação objetivam impedir o prosseguimento “de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei”.⁴⁴⁶ (Fiel ao pensamento de Liebman, Dinamarco entende as condições da ação como necessárias à própria existência do direito de ação, compreendido como direito a um provimento jurisdicional de mérito.⁴⁴⁷) Trata-se de categoria processual cuja função primordial é racionalizar a atuação jurisdicional. Afora evitarem desperdício de atividades estatais e das partes (fundamento econômico), as condições da ação servem para atalhar o prosseguimento de processos cujos resultados, já se pode antever, contrariam o direito objetivo. Por isso, ante a carência de ação, é dever do juiz proferir de logo sentença terminativa, extinguindo o feito sem resolução do mérito.⁴⁴⁸

Sérgio Shimura também enfatiza essa razão de ser das condições da ação:

Malgrado todos tenham acesso à Justiça (direito de demanda, direito de ação em nível constitucional), a movimentação da máquina judiciária tem um custo (despesas para o Estado, energia das pessoas envolvidas, custo financeiro das partes e advogados), e é razoável que a lei condicione o poder de provocar o exercício da função jurisdicional a alguns requisitos.

Esses requisitos, chamados *condições da ação*, servem de limites à prestação integral do serviço jurisdicional, em cada caso concreto, evitando o desperdício de atividades inúteis e desnecessárias.⁴⁴⁹

José Roberto dos Santos Bedaque, por sua vez, que compreende a teoria de Liebman como variação da teoria da ação como direito autônomo e abstrato, salienta que as condições da ação exercem importante função na perspectiva da instrumentalidade processual, fazendo uma ponte entre o direito material e o processo, quanto à viabilidade deste.⁴⁵⁰ Essa função instrumental também confere a tônica da perspectiva de análise desde a qual Susana Henriques

⁴⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III.

⁴⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II, p. 305.

⁴⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

⁴⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

⁴⁴⁹ SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título executivo*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005, p. 37.

⁴⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 156, pp. 48-66, out./dez. 1991.

da Costa contribuiu para a compreensão das condições da ação.⁴⁵¹ E essa parece ser realmente a perspectiva mais adequada e que melhor frutos produz ao tratar-se do tema.

As condições da ação são requisitos que a lide deduzida (mérito) deve apresentar para que possa ser apreciada em juízo. Sem elas, “a lide está mal proposta e não oferece as garantias de uma solução justa e adequada do conflito de interesses, para cuja eliminação se invocou a autoridade da lei e a sabedoria do poder judiciário”.⁴⁵² Cuida-se, no que se refere à cognição judicial, de objeção processual, porquanto o interesse público impõe, por razões éticas e econômicas, que não se permita prosseguimento a um processo inviável, inútil, com desperdício de dinheiro público, tempo e energia das pessoas envolvidas.⁴⁵³

Para Liebman, da presença das condições da ação depende a própria existência da ação, pelo que sua falta conduz à carência de ação. Para o processualista, jurisdição propriamente existe apenas na decisão de mérito.⁴⁵⁴ Aí está um equívoco apontada por Ovídio Baptista e outros autores – alguns dos quais como razão para rejeitar a teoria e outros para fazer-lhe o reparo abordado na próxima subseção –, pois, se houve processo, igualmente se deu exercício jurisdição, ao menos para reputar inadmissível o exame do mérito, tudo provocado pelo exercício de ação.

Quanto ao conceito de ação, Liebman afasta-se da concepção civilística ou imanentista, segundo a qual ação é o próprio direito subjetivo em reação a sua violação, e adota a teoria da ação como direito autônomo. Autônomo, isto é, direito outro que não o próprio direito subjetivo a ser tutelado, mas nem concreto – enquanto direito a uma sentença favorável ou direito à procedência, como defenderam Wach e Chiovenda –, nem absolutamente abstrato, como direito sem condição alguma vinculada ao direito subjetivo afirmado pelo autor. Ao conceber as condições da ação – como condições de existência da ação e da atuação propriamente jurisdicional –, Liebman sustenta posição intermediária entre a teoria do direito autônomo e concreto e a do direito autônomo e abstrato: ação como direito de provocar a jurisdição é o direito ao julgamento de mérito; é dizer, é o direito ao julgamento de procedência ou improcedência do pedido.

⁴⁵¹ COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁴⁵² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 127.

⁴⁵³ COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁴⁵⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976; e LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

Na concepção liebmaniana, o direito de ação é abstrato no sentido de que independe da existência do direito subjetivo afirmado pelo autor ou, noutros termos, não se condiciona à procedência do pedido, mas, por outro lado, vincula-se de algum modo a esse direito afirmado. Essa vinculação dá-se por meio das condições da ação, que fazem por assim dizer uma ponte entre o direito à atuação jurisdicional (compreendida como julgamento do pedido) e a relação jurídica de direito material deduzida.⁴⁵⁵

Muito embora seja comum chamar a teoria de Liebman sobre a ação de eclética, Dinamarco afirma tratar-se de erro, pois a teoria é abstrata, na medida em que reconhece o direito de ação a despeito da prolação de sentença de improcedência – de sorte que o direito de ação não depende da existência do direito material alegado.⁴⁵⁶ De fato, a teoria de Liebman é abstrata porque, nela, o direito de ação não depende da existência do direito subjetivo material invocado, ou melhor, não depende da constatação dessa existência mediante sentença de procedência do pedido do autor – como se dá na teoria da ação como direito autônomo e concreto. Todavia, o direito de ação não é totalmente despido de conteúdo: das condições da ação, ligadas à relação jurídica material deduzida em juízo, depende a existência daquele direito, compreendido como direito a um provimento sobre o pedido, favorável ou não.⁴⁵⁷

Em obra de referência sobre o tema, Donaldo Armelin adota a teoria da ação liebmaniana. Para o autor, ação é direito subjetivo público (dirigido contra o Estado) à atuação jurisdicional para obtenção de decisão de mérito (= apreciação do pedido formulado). O processualista diferencia, assim, o direito constitucional de ação, plenamente abstrato e incondicionado, do direito processual de ação, abstrato apenas no sentido de que não depende de o autor ter razão, isto é, não é vinculado à procedência do pedido. Nessa esteira, as condições da ação “melhor se qualificariam como condições para a admissibilidade de decisão sobre o mérito do processo”. Dessarte, seguindo a formulação original de Liebman, Donaldo Armelin sustenta inexistir ação, no sentido de direito a uma decisão de mérito, se faltar uma de suas condições.⁴⁵⁸

Em sentido similar, Galeno Lacerda explica que as condições da ação são “requisitos

⁴⁵⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976.

⁴⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

⁴⁵⁷ COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁴⁵⁸ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 105.

de legitimidade da relação processual”.⁴⁵⁹ E prossegue:

Desde que existe um direito público subjetivo de ação, dentro de uma concepção rigorosamente abstrata do resultado da sentença, embora este direito se limite a reclamar prestação jurisdicional indeterminada do Estado, deve haver, por força da própria ordem jurídica, condições que legitimem seu exercício.⁴⁶⁰

Como se vê, o autor também diferencia o direito constitucional de petição (acesso ao Judiciário), incondicionado, do direito processual de ação, submetido a condições.

A doutrina majoritária no Brasil acolhe em grande medida as ideias de Liebman sobre a ação. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, afirma que a ação no processo de conhecimento é, essencialmente, o direito ao provimento jurisdicional de mérito.⁴⁶¹

Susana Henriques da Costa esclarece que a referida distinção entre direito constitucional de ação e direito processual de ação foi realizada em resposta à crítica dirigida a teoria de Liebman no que se refere à atividade desenvolvida em juízo até a sentença de carência de ação. A crítica pode ser expressa pelo seguinte questionamento: se não houve ação, não houve aí também processo e jurisdição, mesmo com possível interposição de recursos e julgamento por tribunais? Os adeptos da teoria liebmaniana em sua construção original – em que a presença das condições da ação determina a própria existência do direito de ação – respondem que houve exercício do direito constitucional de ação, totalmente abstrato e incondicionado, mas não do direito processual de ação.⁴⁶²

⁴⁵⁹ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 75.

⁴⁶⁰ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 76.

⁴⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III. Cf., ainda, outros autores que adotaram a teoria da ação de Liebman: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. I, p. 317; TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. I, pp. 90-91; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II, p. 31; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I, pp. 51-52; e SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, pp. 146 e ss.

⁴⁶² COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Impende consignar que não se adota no presente trabalho a distinção entre ação, no sentido de direito de ação, e demanda, enquanto exercício concreto desse direito. Parece mais simples tratar ação e demanda como sinônimos, de maneira que o direito de que constituem exercício é designado como direito de ação ou de demandar, assegurado constitucionalmente como direito fundamental de socorrer-se da atuação jurisdicional, a qual, porém, não deve em todo e qualquer caso debruçar-se sobre o mérito da causa, para resolvê-lo, pois a lei, calcada em razões lógicas e práticas, organiza aquela atuação mediante estabelecimento de requisitos para a análise do mérito. Parece desnecessária a apontada distinção. Como se pretende demonstrar logo à frente, condições da ação não são necessárias à existência do direito de ação, o qual sempre existe. Apesar de seu nome, já consagrado, elas são condições para o exame do mérito apenas, conferindo racionalidade ao exercício da jurisdição.

5.3.1 Reparo feito pela doutrina que admite a teoria das condições da ação

Diferentemente da compreensão inicial de Liebman, a falta de condição da ação não deve conduzir à negativa de caráter jurisdicional à atividade realizada em juízo até a sentença de carência de ação. Liebman recusava reconhecer em tal atividade natureza jurisdicional porque compreendia haver jurisdição propriamente apenas no exame do mérito. Todavia, grande parte dos autores que acolheram a teoria das condições da ação corrigiu esse equívoco. Arruda Alvim, por exemplo, explica que a carência de ação importa em que a jurisdição não desempenhe toda sua potencialidade, o que haveria com prolação de sentença definitiva (de mérito), hábil a fazer coisa julgada. Mas jurisdição há mesmo antes e no próprio pronunciamento de carência de ação.⁴⁶³

Da presença das condições da ação não depende a existência do direito de ação, do processo e tampouco da jurisdição. O ajuizamento de ação para atuação da jurisdição por meio de um processo é condição necessária à cognição judicial acerca da presença ou não das condições da ação. Em verdade, as condições da ação constituem técnica processual a fim de abreviar, sem exame de mérito, processos inúteis sob a perspectiva dos fins da jurisdição, evitando-se com isso desperdícios. Trata-se, pois, de forma de racionalizar a atuação jurisdicional. Leciona, a propósito, José Roberto dos Santos Bedaque:

As condições da ação representam legítima limitação ao exercício da atividade jurisdicional no caso concreto, porque o processo iniciado sem a presença de uma delas é manifestamente inútil. Circunstâncias do próprio direito material revelam existir algum óbice a que a tutela jurisdicional seja concedida ao autor.⁴⁶⁴

Prossegue o autor: “As condições são exigências feitas pela técnica processual para tornar possível o julgamento do mérito. Sem elas o processo será inútil, pois, por problemas do próprio direito material deduzido, a solução pleiteada revela-se inadmissível de plano”.⁴⁶⁵

Assim, conquanto Liebman negasse caráter propriamente jurisdicional à atividade judicial que não alcança o exame do mérito da causa – ideia coerente com a conclusão de

⁴⁶³ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. A ação e as condições da ação no processo civil contemporâneo. In: Zufelato, Camilo; Yarshell, Flávio Luiz (coord.). *40 anos de teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

⁴⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 240.

⁴⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 242.

inexistência de direito de ação ante a falta de condição da ação: se não houve ação, tampouco se instaurou um processo, por meio da qual atuaria a jurisdição –, a doutrina que acolheu a doutrina das condições da ação enxerga verdadeira jurisdição também naquela atividade, isto é, na sentença terminativa por carência de ação e nos atos processuais que lhe precedem.⁴⁶⁶

Nessa ordem de ideias, Rodrigo da Cunha Lima Freire também propugna que a teoria de Liebman é proveitosa no sentido de dar maior racionalidade ao processo, em harmonia com o princípio da economia processual. Para isso, porém, cumpre admitir o indigitado reparo à teoria, a saber, o de que das condições da ação não depende a existência de ação, processo e jurisdição – consoante críticas de difícil refutação formuladas por boa parte da doutrina –, bem como aceitar a aferição das condições da ação apenas a partir das afirmações e documentos apresentados com a petição inicial. De fato, quanto ao reparo, é mesmo difícil sustentar que em sentença terminativa de carência de ação não houve ação e, portanto, tampouco jurisdição e processo. Ademais, verificar ausência de condições da ação após produção da prova, nomeadamente quanto à ilegitimidade ordinária e à impossibilidade jurídica do pedido, não tem amparo lógico ou jurídico: não há razão para ao final do processo reconhecer apenas sua inviabilidade nesses casos; deve-se julgar improcedente o pedido, como se cuidará de expor à frente.⁴⁶⁷

Cuida-se, em suma, de condições do regular exercício do direito da ação, para que o processo prossiga em direção à análise do mérito.⁴⁶⁸ Quanto a sua natureza, são as condições da ação requisitos de admissibilidade do exame de mérito – que funcionam, pois, como questões preliminares à apreciação de mérito –, cuja ausência deve levar à extinção do processo sem tal exame.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴⁶⁷ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁴⁶⁸ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁴⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 64, pp. 33-38, out.-dez. 1991.

Por isso, Kazuo Watanabe,⁴⁷⁰ Barbosa Moreira,⁴⁷¹ Hélio Tornaghi,⁴⁷² João Batista Lopes⁴⁷³ e muitos outros autores apontam o equívoco da denominação “condições da ação”, pois a ação, no sentido de provocação da jurisdição, não se condiciona a tais requisitos, como pretendia Liebman. Trata-se de condições do legítimo ou regular exercício do direito de ação, que funcionam como requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito, por razões de economia processual.⁴⁷⁴

Ora, pela ótica da instrumentalidade processual, o que se espera do processo “é exatamente a eliminação do litígio, entendido como a crise de direito material representada pela não-atuação espontânea da regra, normalmente por falta de cooperação de alguém. Aqui reside a utilidade do processo”.⁴⁷⁵ E as condições da ação “revelam inexistir relação de adequação entre a lide ou o pedido deduzido pelo autor e o conflito de interesses que a fez surgir. Só pode haver decisão sobre o pedido se ele se mostrar apropriado ao conflito verificado no plano material”.⁴⁷⁶

Portanto, conclui-se que as condições da ação, técnica processual inspirada na instrumentalidade e na economia processual, constituem requisitos para exame do mérito do processo.⁴⁷⁷

⁴⁷⁰ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Legitimação para agir: indeferimento de petição inicial. Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

⁴⁷² TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. I, pp. 90-91.

⁴⁷³ LOPES, João Batista. Sentença. Nulidade. Condições da ação. Cessão da posição contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 887, pp. 81-91, set. 2009.

⁴⁷⁴ A propósito, Adroaldo Furtado Fabrício, crítico da teoria de Liebman, defende que as condições da ação podem ser mais precisamente chamadas, a partir da própria doutrina que aderiu à teoria, de “condições de legítimo exercício do direito de ação”, pois dizem com o exercício e não com a existência daquele direito (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa. Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 58, pp. 7-32, abr.-jun. 1990).

⁴⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 251.

⁴⁷⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 254.

⁴⁷⁷ Vale referir curiosa posição defendida por Luíz Eulálio de Bueno Vidigal, para quem as três condições da ação são “condições de admissibilidade da ação (requisitos para um pronunciamento judicial de mérito qualquer, favorável ou contrário ao autor)”. Para o autor, uma vez presentes, as condições da ação permitem julgamento do mérito, não necessariamente em favor do autor. Todavia, sua ausência conduz desde logo ao julgamento do mérito, rejeitando-se o pedido do autor (VIDIGAL, Luíz Eulálio de Bueno. *Pressupostos processuais e condições da ação. Revista da Faculdade de Direito, USP*, São Paulo, v. 62, n. 2, pp. 63-72, 1967, p. 70).

5.3.2 As condições da ação subsistem com o CPC de 2015?

Fredie Didier critica as condições da ação como categoria própria, ou seja, como terceira espécie de questões, entre os pressupostos processuais e as questões de mérito, porque, segundo o autor, se são questões de admissibilidade, como tal devem ser encaradas ao lado dos pressupostos processuais, contrapondo-se às questões de mérito. Se o juiz realiza duas espécies de juízo: ou de admissibilidade ou de mérito, não faria sentido, segundo essa linha de argumentação, falar em uma terceira espécie de questões a ser enfrentada além das questões de admissibilidade e de mérito. Conclui, assim, o processualista que a classificação das questões objeto de cognição judicial dever-se-ia reduzir ao binômio admissibilidade e mérito, na linha da tradição alemã. Nesse modelo proposto pelo autor, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade *ad causam* ordinária seriam questões de mérito, ao passo que legitimidade extraordinária e interesse de agir constituiriam questões de admissibilidade.⁴⁷⁸

Com amparo em tais argumentos, Didier entende que, não positivada no CPC de 2015 a categoria “condições da ação” – ao menos não com esse nome explicitamente –, não mais haveria razão para tratar de legitimidade e interesse como terceira espécie de questões. Ambos deveriam ser encartados entre os pressupostos processuais de validade. Quanto à possibilidade jurídica do pedido, genuína questão de mérito, deveria ser simplesmente ignorada enquanto requisito de admissibilidade, porquanto dela não cuidou o CPC de 2015.⁴⁷⁹

Em sentido oposto, Alexandre de Freitas Câmara, na mesma edição da Revista de Processo, defendeu que fez bem o legislador do CPC de 2015 ao eliminar a possibilidade jurídica do pedido como condição autônoma; não, porém, porque se cuide de matéria de mérito, mas sim porque ela está inserida no âmbito do interesse processual: se o pleito é aprioristicamente vedado pelo ordenamento jurídico, o processo é inútil – na linha, aliás, da última compreensão do próprio Liebman acerca das condições da ação. Assim, segundo o autor, o CPC de 2015 manteve legitimidade *ad causam* e interesse de agir (o qual inclui a possibilidade

⁴⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria "condição da ação"? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 197, pp. 256-260, jul. 2011.

⁴⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria "condição da ação"? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 197, pp. 256-260, jul. 2011. Leonardo Carneiro da Cunha, salientando que se trata de posição antiga sua, concorda integralmente com os argumentos e conclusões de Didier (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 198, pp. 227-236, ago. 2011).

jurídica do pedido) como condições da ação.⁴⁸⁰

Realmente, o fato de as questões poderem ser adequadamente classificadas em questões de admissibilidade e questões de mérito não impede que as questões de admissibilidade, isto é, os requisitos de admissibilidade do provimento de mérito, possam ter subespécies – os pressupostos processuais e as condições da ação –, seja porque há diversidade entre ambos, já que os primeiros referem-se à formação da relação jurídica processual propriamente e as condições de ação aproximam-se mais da relação jurídica de direito material deduzida, seja, ainda, porque se trata de distinção tradicionalmente realizada e já assentada na doutrina brasileira. Ora, se os conceitos, ainda que ofereçam alguma dificuldade, já estão mais ou menos assentados e se a lei não impôs alteração inequívoca, não parece haver razão para rompimento com a tradição da processualística brasileira no particular. A propósito, Adroaldo Furtado Fabrício, notório crítico da teoria das condições da ação, reconhece que:

Conquanto o novo Código não use a locução [condições da ação], parece no mínimo apressada a ilação de haver ele suprimido as condições da ação [...]. A categoria lógico-jurídica não fora criada pelo Código de 1973 (ou por qualquer outra norma); ele apenas a recolhera da doutrina (talvez em má hora) e a consagrara.⁴⁸¹

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim, após ressaltar que as condições da ação constituem elo que une direito material e processual, comenta a disputa travada na referida edição da Revista de Processo entre, de um lado, Fredie Didier e Leonardo Carneiro e, de outro, Alexandre Câmara. Para a processualista, o CPC de 2015 ainda trata das condições da ação. Cuida-se de categoria em si mesma distinta dos pressupostos processuais e por isso disciplinada de modo autônomo em relação a estes no CPC – a despeito de a consequência jurídica definida para sua ausência ser a mesma: extinção do processo sem exame do mérito. Os pressupostos processuais referem-se à relação jurídica processual, ao passo que as condições da ação são requisitos de admissibilidade do exercício (legítimo ou regular, acrescentariam alguns autores, como exposto) do direito de ação, para que se alcance um provimento jurisdicional de mérito.⁴⁸²

⁴⁸⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria "condição da ação"? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 197, pp. 261-269, jul. 2011.

⁴⁸¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 58, pp. 7-32, abr.-jun. 1990, p. 172.

⁴⁸² ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

5.4 LEGITIMIDADE PARA AGIR

Ao começar a tratar de cada uma das condições da ação, convém fazer dois registros. Primeiro, observe-se que, na formulação original de sua teoria, Liebman apontava também, ao lado das condições genéricas da ação (legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido), a ausência de fatos extintivos da ação (como a coisa julgada e a perempção).⁴⁸³ Contudo, essa posição não prosperou tanto quanto a parte da teoria sobre as três condições genéricas. Em geral, aqueles requisitos negativos são tratados como pressupostos processuais.⁴⁸⁴

O segundo e mais importante registro a fazer é, na esteira das lições de Donaldo Armelin, o seguinte: “não existem limites precisos dos campos de atuação de cada uma das condições de admissibilidade da ação [...], o que possibilita, algumas vezes, a subsunção, a uma espécie, de matéria pertinente a outra”.⁴⁸⁵ “Isto porque os fenômenos processuais em causa podem ser enfocados sob vários ângulos, que permitem colocações diversas dos problemas por eles ensejados”.⁴⁸⁶ Essa falta de absoluta precisão não oferece grandes dificuldades, uma vez que todas as condições da ação têm iguais razão de ser e objetivo – evitar desperdícios, em favor da economia processual, conferindo maior racionalidade à atuação jurisdicional – e porquanto a consequência da ausência de qualquer delas é, indiferentemente, a extinção do processo sem exame de mérito.

Pois bem, quanto à primeira das condições da ação a ser considerada, a legitimidade *ad causam*, quadra começar com a definição oferecida por Liebman: “é a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, isto é, o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda”.⁴⁸⁷ “Em geral, na ausência de disposições especiais, são

⁴⁸³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976. O processualista italiano foi secundado, no particular, por Machado Guimarães (GUIMARÃES, Luiz Machado. *Carência de ação. Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969).

⁴⁸⁴ Para bom panorama doutrinário acerca desse ponto, cf. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 126-128.

⁴⁸⁵ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 39.

⁴⁸⁶ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 40.

⁴⁸⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 127.

elas os próprios titulares dos interesses em conflito”.⁴⁸⁸ Ou seja, legitimidade para agir ordinária há em dado processo se o autor afirma-se titular do direito invocado na causa de pedir (legitimidade ativa) cujo correspectivo dever é atribuído ao réu (legitimidade passiva). Fora desse quadro, há a legitimidade extraordinária, que depende de norma jurídica a atribuí-la expressamente, de sorte que o autor, substituto processual, pleiteia em nome próprio direito alheio.⁴⁸⁹

Legitimidade, impende assinalar, não é conceito exclusivo do direito processual civil, muito embora seu estudo tenha aí florescido de maneira exuberante. É instituto da teoria geral do direito, requisito de eficácia – ou, nalgumas hipóteses, por expressa disposição normativa, requisito de validade – dos atos jurídicos *lato sensu* em geral (negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*). Todo ato jurídico requer agente capaz e legitimado. Legitimado no sentido de que tem aptidão específica para a prática do ato jurídico em questão ou para sofrer-lhe os efeitos jurídicos. Legitimidade, assim, é a específica situação ou posição jurídica de um sujeito em relação a dados bens ou interesses, sem a qual ele não pode sobre estes eficazmente manifestar vontade.⁴⁹⁰

Como se nota, diferentemente da capacidade jurídica, aptidão genérica do sujeito para a prática de atos jurídicos, cuja aferição faz-me meramente a partir de características subjetivas de quem os pratica, a legitimidade ou legitimação é verificada na relação entre o sujeito e o ato jurídico por ele realizado. Outra diferença entre capacidade e legitimidade está em que aquela é requisito de validade do ato jurídico, ao passo que a legitimidade, como se adiantou, é requisito de eficácia, não obstante a lei preveja aqui e ali situações de legitimidade como requisito de validade do ato – p. ex., a exigência de vênua conjugal nos termos do art. 1.647 do CC, cuja ausência importa em anulabilidade do ato (art. 1.649 do CC).⁴⁹¹

No direito processual civil, legitimidade *ad causam* é um dos requisitos de admissibilidade do exercício regular do direito de ação, para que se alcance um provimento jurisdicional de mérito. Liebman admite que essa condição da ação possa, em dados casos, estar

⁴⁸⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 127.

⁴⁸⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

⁴⁹⁰ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

⁴⁹¹ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

de tal modo imbricada com o mérito da causa que terá de ser apreciada de maneira incorporada ao julgamento deste. Além disso, ele refere situações em que, não obstante essa imbricação não esteja presente, a análise da legitimidade para a causa demanda alguma instrução probatória. Para essas últimas situações, muito excepcionais segundo Liebman, essa condição da ação deve ser apreciada como tal – e não incorporada ao mérito – após tal instrução probatória.⁴⁹² Vê-se, assim, que a teoria da asserção, exposta abaixo, consistiu num desenvolvimento, num passo a mais, em confronto com a teoria das condições da ação formulada por Liebman.

Cumpre, contudo, observar, com Donaldo Armelin, que a adequada aferição da legitimidade para agir conecta-se com a relação jurídica tal como deduzida na demanda:

[...] *prima facie*, ressumará a ilegitimidade de parte, ativa ou passiva, se o autor ou o réu, na versão da lide aportada a juízo, não se encontrarem nos polos opostos da relação jurídica material ou processual (casos excepcionais, como a ação rescisória) questionada no processo como mérito deste, ou não estiverem autorizados pelo sistema jurídico a se inserirem, em nome próprio, em lide alheia para a atuação de direitos alheios ali questionados. Outrossim, a ilegitimidade será apurada liminarmente quando as afirmações do autor, embora compatíveis com a estrutura da lide trazida *sub judice*, estiverem em desacordo ou conflito com a prova por ele anexada à inicial e considerada como definitiva para a certeza de tal ilegitimidade.⁴⁹³

Dessarte, a *legitimatío ad causam* vincula-se apenas de modo formal à relação de direito material afirmada. Isto é, pode ser que tal relação nem sequer exista, mas, ainda assim, a presença de legitimidade para agir poderá ser perfeitamente aferida a partir da relação de direito material apresentada ou afirmada na petição inicial. O que importa, pois, para a constatação da legitimidade ativa e passiva é que, na relação jurídica afirmada na inicial – considerada também a documentação a esta acostada –, autor e réu estejam nos polos ativo e passivo. Se apenas após instrução probatória, na sentença, for reconhecido que autor ou réu não ocupa efetivamente a posição de titular do direito ou do dever correspondente, já não se tratará de carência de ação, mas sim de improcedência, pois o autor não tem direito contra o réu.⁴⁹⁴ (Esse modo de aferição não apenas da legitimidade como também das demais condições da ação será retomado à frente na abordagem da teoria da asserção – subseção 5.8.)

⁴⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976. Seguindo por essa senda, Thereza Alvim define legitimidade ordinária para a causa como “a possibilidade (saneamento do processo) ou certeza (quando do julgamento) de a lide dizer respeito às partes no processo e, em assim sendo, de serem elas alcançadas pela decisão judicial nele proferida, na sua esfera jurídica” (ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 85).

⁴⁹³ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 86.

⁴⁹⁴ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

A legitimidade extraordinária, conferida por lei a quem não se afirma titular do direito invocado, é indubitavelmente matéria estranha ao mérito da causa. É evidente matéria processual. Para a maioria da doutrina, legitimidade extraordinária e substituição processual são expressões sinônimas. Há, todavia, quem afirme existir entre elas relação entre gênero e espécie, respetivamente. É que situações há em que o legitimado ordinário atua com o extraordinário em litisconsórcio, razão pela qual este não pode ser reputado substituto processual daquele. Não há motivo para falar em substituição de quem está presente. É o que sucede, por exemplo, com o adquirente da coisa litigiosa que ingressa no processo como assistente litisconsorcial do alienante, consoante admite o art. 109, § 2º, do CPC, passando ambos a ocupar o mesmo polo da relação processual: o adquirente como legitimado ordinário (titular do direito discutido) e o alienante como legitimado extraordinário. Em tais situações, a despeito da presença da legitimidade extraordinária (gênero), inexistente substituição processual (espécie).⁴⁹⁵

Como exposto, mérito é o objeto do processo, o pedido do autor formulado na inicial. Nada obstante possa haver num caso ou noutro certa confusão entre legitimidade ordinária para agir e mérito, continua a ter suporte lógico e jurídico a distinção entre condições da ação e mérito. Vale remarcar, ainda, ser muito útil a diferenciação, conferindo racionalidade à atuação jurisdicional, evitando-se desperdícios e atividades inúteis.⁴⁹⁶

Essa opinião, contudo, está longe de alcançar unanimidade na doutrina. Para Galeno Lacerda, por exemplo, sentença que reconheça impossibilidade jurídica do pedido ou ilegitimidade ordinária de parte é de mérito, pois decide sobre o pedido, desacolhendo-o. Para o autor, tanto impossibilidade jurídica quanto ilegitimidade devem conduzir à rejeição do pedido, dado que patenteiam carecer este de causa de pedir idônea, nada justificando que a sentença aí não se revista de coisa julgada.⁴⁹⁷

De semelhante modo, Arruda Alvim compreende que sentença a reconhecer ilegitimidade ordinária de uma das partes faz coisa julgada, pois estabelece não haver direito dela (ilegitimidade ativa) ou contra ela (ilegitimidade passiva), amparando, pois, improcedência do pedido. O autor observa que, em tal linha, doutrina e jurisprudência já interpretavam o art.

⁴⁹⁵ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

⁴⁹⁶ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

⁴⁹⁷ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

268 do CPC de 1973, no sentido de que repropositura da demanda exigia sanção do defeito – o que restou estabelecido no art. 486, § 1º, do CPC de 2015 –, mas entende insuficiente essa solução interpretativa, sustentando tratar-se ali de sentença de mérito com coisa julgada.⁴⁹⁸

Vale citar, ainda, com conclusões parecidas, Adroaldo Furtado Fabrício, o qual de há muito igualmente defende que a ilegitimidade ordinária, ativa ou passiva, deriva da circunstância de o autor não ser titular do direito alegado ou de o réu não ter o correspondente dever. Num ou noutro caso, sustenta o autor, o juiz concluirá que o autor não tem direito contra o réu, ou seja, que não há relação jurídica de direito material entre ambos, o que impõe seja julgado improcedente o pedido (mérito).⁴⁹⁹

Com diferente compreensão, Dinamarco, por sua vez, sustenta que a legitimidade *ad causam* constitui um destaque ou especificação do interesse processual. A legitimidade afere-se a partir da relação entre o sujeito e a causa: tem legitimidade ativa (ordinária) quem poderá ter um proveito jurídico em decorrência de provimento jurisdicional favorável; e ostenta legitimidade passiva (também ordinária) quem sofrer o correspondente prejuízo jurídico em razão desse provimento. Logo, faltando legitimidade, inútil seria o provimento. Todavia, o CPC enquadra tais situação como ilegitimidade para a causa, e não como falta de interesse processual.⁵⁰⁰

5.5 INTERESSE PROCESSUAL

Interesse processual ou interesse de agir é a necessidade somada à utilidade da tutela jurisdicional pedida pelo autor.⁵⁰¹ “Se não existe o conflito ou se o pedido do autor não é adequado para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, anti-econômico

⁴⁹⁸ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. A ação e as condições da ação no processo civil contemporâneo. In: Zufelato, Camilo; Yarshell, Flávio Luiz (coord.). *40 anos de teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

⁴⁹⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 58, pp. 7-32, abr.-jun. 1990.

⁵⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

⁵⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 17, pp. 41-49, jan.-mar. 1980.

e dispersivo”, afirma Liebman.⁵⁰² Ainda em suas palavras, interesse de agir:

é o elemento característico da ação, ou seja: o elemento com base no qual a ordem jurídica mede a aptidão da situação jurídica deduzida em juízo [*fattispecie*] a colocar-se como objeto da atividade jurisdicional, verificando se a demanda se conforma aos objetivos do direito, sendo merecedora de exame.⁵⁰³

A noção de interesse de agir talvez tenha recebido a elaboração mais próxima da atual pela primeira vez na obra de Chiovenda – de quem Liebman foi discípulo –, no sentido de necessidade da atuação jurisdicional a fim de evitar dano injusto ao autor.⁵⁰⁴ Nada obstante se possa opor a essa ideia a objeção de que a verificação do dano injusto a ser evitado compõe o exame de mérito do processo – o que é verdade –, importa reconhecer que o elemento necessidade é mesmo central no interesse de agir, pois, como observa Celso Agrícola Barbi quanto ao conceito de Chiovenda, o tempo e o trabalho de que depende a atuação jurisdicional só devem ser despendidos quando necessário, pois a morosidade judicial decorre principalmente do grande volume de processos, razão pela qual, para poder atender a quem precisa da jurisdição, deve-se afastar de pronto os que dela não necessitam.⁵⁰⁵

Vale observar, em acréscimo, que interesse processual é necessário para os atos processuais em geral, e não apenas para a demanda.⁵⁰⁶ Ordinariamente, as expressões interesse de agir e interesse processual são manejadas de modo intercambiável, como sinônimas. Para Nelson Nery Jr., no entanto, deve-se evitar a expressão interesse de agir, porquanto agir pode ter significado processual e extraprocessual, ao passo que interesse processual melhor designa a condição da ação enquanto fenômeno processual. Para o processualista, interesse processual é necessidade e utilidade da tutela jurisdicional. A inutilidade pode decorrer, dentre outras circunstâncias, da inadequação da via processual tomada e do veto *a priori* do ordenamento jurídico a dado pedido ou causa de pedir.⁵⁰⁷ Já Rodrigo da Cunha Lima Freire considera interesse de agir designação específica, relativa à demanda, enquanto interesse processual é seu

⁵⁰² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 126.

⁵⁰³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 207.

⁵⁰⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000. v. I.

⁵⁰⁵ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei n. 5.869, 11 de janeiro de 1973. 14. ed. rev. e atual. por Bernardo Pimentel Souza. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2010. v. 1, p. 18.

⁵⁰⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1; e ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

⁵⁰⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 64, pp. 33-38, out.-dez. 1991.

gênero e abarca outras espécies, como o interesse recursal.⁵⁰⁸

Dinamarco, para além da necessidade e utilidade do processo, em desenvolvimento da teoria liebmaniana, vê no interesse processual também a chamada adequação da via eleita, sem o que o processo não se mostra útil à tutela do direito alegado. O autor resume o interesse de agir na noção de utilidade do processo, desdobrada nas ideias de necessidade da tutela jurisdicional para a obtenção do bem da vida e da adequação do provimento jurisdicional postulado segundo a lei. O interesse de agir, nesse linha, resulta da constatação no caso concreto do binômio necessidade e adequação.⁵⁰⁹ No mesmo sentido, Sérgio Shimura leciona que o interesse processual decorre da necessidade concreta da tutela jurisdicional conjugada com a adequação da via procedimental tomada.⁵¹⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, igualmente integra o elemento adequação no conceito de interesse de agir, nestes termos: “fala-se num tríplice enfoque definidor do interesse de agir, a saber, a necessidade-utilidade-adequação da via eleita”, de maneira a “prevenir ou compor conflitos em modo justo e em tempo razoável, segundo o critério da *adequação* entre o meio selecionado e a natureza da controvérsia”.⁵¹¹

Indica-se que a origem do elemento adequação a compor o conceito de interesse de agir, difundido no Brasil principalmente a partir da doutrina de Dinamarco, está em formulação de Aldo Attardi,⁵¹² relacionada à escolha do meio processual mais rápido, conveniente e econômico para a tutela do direito.⁵¹³ Todavia, a noção de adequação, junto às de utilidade e necessidade, aparece também na formulação de Liebman: “Se não existe o conflito ou se o pedido do autor não é *adequado* para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, anti-econômico e dispersivo”.⁵¹⁴

Cumpre consignar que a inadequação da via eleita é aferida a partir do pedido e da

⁵⁰⁸ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁵⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

⁵¹⁰ SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título executivo*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

⁵¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 926, pp. 135-175, dez. 2012. *E-book*, n.p., grifo no original.

⁵¹² ATTARDI, Aldo. *L'interesse ad agere*. Padova: Cedam, 1955.

⁵¹³ Nesse sentido, cf. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; e FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O interesse de agir como pressuposto processual. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, pp. 164 - 195, jan.-abr. 2018.

⁵¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 126, g.n.

causa de pedir componentes da demanda veiculada pela petição inicial, e não necessariamente por eventual nome que o autor tenha atribuído à ação. O nome dado à ação pode ser levado em conta no “conjunto da postulação” (art. 332, § 2º, do CPC), mas não em dissonância com a causa de pedir exposta e o pedido formulado na inicial.⁵¹⁵

Como se nota, pois, do exposto, enquanto muitos autores defendem que o interesse de agir encontra-se no binômio necessidade e utilidade, outros processualistas compreendem que o interesse de agir decorre do trinômio necessidade, utilidade e adequação – a qual, para alguns, é componente da utilidade.⁵¹⁶

5.5.1 Interesse-utilidade para o autor e para os fins da jurisdição

Para os objetivos do presente trabalho, cumpre deixar marcado o que se compreende pelo elemento utilidade a compor o interesse de agir. A propósito disso, vale transcrever a lição de Donaldo Armelin:

Essa utilidade, porém, é de ser aferida objetivamente, não só sob a ótica do autor da ação e titular do interesse de agir, como, também, sob a angulação da atividade jurisdicional, jungida ao princípio de economia processual, cuja atuação pressupõe a maximização dos resultados processuais com a minimização de esforços e de dispêndio de tempo e dinheiro. [...] Destarte, não basta, apenas, que haja utilidade para o titular do interesse na atuação do Judiciário sobre um caso concreto, mas também que a utilidade ressuma de uma atuação adequada daquele Poder. Isto porque a opção por um provimento ou procedimento inadequado retira em grande parte a utilidade da ação, obrigando a máquina judiciária a esforço inútil e, sob o prisma da administração da Justiça, detrimental para a coletividade.⁵¹⁷

Na esteira das lições de Donaldo Armelin, Teresa Arruda Alvim ensina que, compreendido o interesse processual como necessidade e utilidade da prestação jurisdicional, tal utilidade não deve ser aferida tão somente do ponto de vista da vantagem prática a ser auferida pelo autor, mas também no sentido de vantagem jurídica, ou seja, vantagem de acordo com o direito, não ilícita. Assim, a utilidade deve ser subjetiva, para o autor, e objetiva, para a

⁵¹⁵ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁵¹⁶ Para um panorama dos adeptos dos binômios e do trinômio, cf. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁵¹⁷ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 59.

atividade jurisdicional.⁵¹⁸

Pela mesma trilha segue, no particular, Rodrigo da Cunha Lima Freire, para quem “[o] interesse de agir é fruto da utilidade potencial da jurisdição, tanto para o autor quanto para o Estado”. Essa utilidade “consiste na aptidão objetiva do provimento jurisdicional requisitado em conferir alguma vantagem ou benefício jurídico efetivo, segundo o sistema jurídico vigente”.⁵¹⁹ Em suma: “não é apenas sob a óptica do autor (ou reconvinte) que deve ser visualizado o interesse de agir, tendo em vista o elevado e dispendioso custo do processo, que deve ser capaz, em tese, de trazer vantagens ou benefícios jurídicos também para o Estado”.⁵²⁰

[...] não se deve olvidar que o processo é uma via dupla, onde devem caminhar paralelamente o interesse do autor na resolução da lide e o interesse do Estado, como ente representativo de toda a sociedade, solução justa, econômica e segura dos conflitos de interesses que lhe forem apresentados, possibilitando o reequilíbrio das relações jurídicas.

Na verdade, o ordenamento jurídico, em certo sentido, reserva ao autor um papel público. [...]

Para que não haja o desenvolvimento de uma atividade estatal em vão, é preciso que se façam presentes uma causa de pedir e um pedido aptos a provocar uma atuação potencialmente útil da jurisdição, tanto em relação ao autor quanto ao Estado.

Exige-se, em consequência, conforme o sistema jurídico vigente, a adequação do provimento desejado e do procedimento indicado pelo autor, mesmo que não haja, na escolha equivocada, um propósito subalterno e ilícito.⁵²¹

Tal compreensão é também compartilhada por José Roberto dos Santos Bedaque, segundo o qual, para a presença de interesse de agir, requer-se “efetiva utilidade do provimento não só para quem o postula mas também para o alcance do escopo da atividade jurisdicional”.⁵²² Isso porquanto “[o] interesse de agir constitui expediente destinado a evitar processos injustificados, permitindo a verificação da utilidade social da iniciativa judicial, só admissível se apta a contribuir de forma real para a efetivação do direito e a pacificação social”.⁵²³ E complementa o autor:

Tem interesse processual aquele que deduz perante o juiz direito subjetivo ou potestativo, individual ou coletivo, cuja satisfação dependa daquela modalidade de tutela jurisdicional por ele pleiteada. A utilidade da tutela jurisdicional para a solução

⁵¹⁸ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁵¹⁹ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 167.

⁵²⁰ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 172.

⁵²¹ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 173.

⁵²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 156, pp. 48-66, out./dez. 1991, p. 55.

⁵²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 302.

da controvérsia revela a existência de interesse, situação a ser aferida objetivamente, mediante a verificação de determinado fato que faz nascer a necessidade da tutela jurisdicional, que deverá ser adequada à eliminação da crise de direito material.⁵²⁴

Nesse contexto – e também considerando que a divisa entre as espécies de condições da ação pode ser certas vezes imprecisa –, Rodrigo da Cunha Lima Freire secunda e desenvolve a compreensão de que, no fim das contas, o interesse de agir abarca não apenas a possibilidade jurídica do pedido como também a legitimidade para agir, pois tanto o pedido (ou demanda) manifestamente impossível ante o ordenamento jurídico quanto o feito por quem não se apresenta como titular do direito subjetivo invocado, ou em face de quem não é alegadamente o correspectivo devedor, revelam a instauração de um processo inútil, inábil ao atingimento dos fins da atuação jurisdicional.⁵²⁵

Diante do exposto, pode-se concluir – e tal conclusão é importante para os objetivos da presente tese – que o interesse de agir em sua vertente utilidade deve ser compreendido não apenas na perspectiva do autor, mas também na perspectiva dos fins da jurisdição, entre os quais avulta a efetividade do direito. Um processo que, à primeira vista, mostra-se manifestamente inútil a esse fim, ou pior, apresenta-se inequivocamente vocacionado a gerar situações contrárias ao direito, deve ser de plano coarctado. Trata-se de corolário da consagrada visão publicista do processo, o qual não serve precipuamente como instrumento para fins privados, no interesse da parte; antes, é instrumento público voltado à efetivação do direito objetivo, pacificando conflitos mediante a tutela de direitos subjetivos lesados ou ameaçados. Esses fins são públicos, interessam à sociedade como um todo.⁵²⁶

⁵²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 303.

⁵²⁵ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁵²⁶ Daí porque o direito processual é ramo do direito público. Com efeito, seja pelo critério que remonta a Ulpiano, do interesse preponderante (se público ou privado), seja pelo critério da presença do Estado na relação jurídica, seja, ainda, pela variação desse último critério, isto é, pelo critério da subordinação (presença do Estado com supremacia, com poder de autoridade, na relação jurídica), tira-se a conclusão de que o direito processual civil é ramo do direito público. Sobre a distinção entre direito público e privado e sua utilidade, cf.: FREIRE, André Luiz. *Direito público e direito privado*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

5.6 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Convém lembrar que as condições da ação foram reduzidas por Liebman, em desenvolvimento de sua doutrina, apenas ao interesse de agir e à legitimidade para a causa. Ele abandonou a possibilidade jurídica do pedido na terceira edição de seu *Manuale* após a legislação italiana permitir o divórcio em 1970, com o que se perdeu o principal exemplo de impossibilidade jurídica do pedido antes indicado. Os casos anteriormente apresentados como de impossibilidade jurídica do pedido passaram a ser encarados por Liebman como carentes de interesse processual, pois, afinal, se o ordenamento jurídico veda de antemão o acolhimento do pedido (p. ex., prisão por dívidas), o processo mostra-se de todo inútil. Sucede que o CPC de 1973 acabou trazendo ainda entre as condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, em consequência da adesão do autor do anteprojeto, Alfredo Busaid, à doutrina liebmaniana.

De fato, é possível sustentar que os casos que se enquadrariam na impossibilidade jurídica do pedido, a depender das circunstâncias, ou são de falta de interesse processual, como exposto, ou deveriam conduzir à improcedência *prima facie* do pedido – dada a patente ausência do direito alegado –, nada justificando nessas situações a não prolação de julgamento de mérito com coisa julgada, como sustenta Calmon de Passos.⁵²⁷ Tem compreensão semelhante Adroaldo Furtado Fabrício, para quem a impossibilidade jurídica do pedido, decorrente da vedação normativa *a priori* do pedido ou da causa de pedir, faz inelutavelmente concluir que o direito alegado na inicial inexistente, pelo que se impõe julgamento de improcedência do pedido (mérito).⁵²⁸ Semelhantemente, José Miguel Garcia Medina defendia, sob a égide do Código de 1973, que a possibilidade jurídica do pedido é questão de mérito, razão pela qual deveria ser eliminada do texto legal enquanto condição da ação – o que foi feito no CPC de 2015.⁵²⁹

Nessa linha, parte da doutrina defende que não só a possibilidade jurídica do pedido como também a legitimidade ordinária *ad causam* são questões de mérito. Para Galeno Lacerda,

⁵²⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 3. Importa, porém, referir entendimento em contrário apresentado por Sérgio Shimura: “[a] possibilidade jurídica do pedido não se confunde com o interesse de agir. A possibilidade recebe influxos do direito substancial, enquanto o interesse é conceito processual e corresponde à utilidade do provimento” (SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título executivo*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005, p. 94).

⁵²⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 58, pp. 7-32, abr.-jun. 1990.

⁵²⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. Possibilidade jurídica do pedido e mérito. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 93, pp. 371-383, jan.-mar. 1999.

por exemplo, sentença que reconheça impossibilidade jurídica do pedido ou ilegitimidade de parte é de mérito, pois decide sobre o pedido, desacolhendo-o. Impossibilidade jurídica ou ilegitimidade devem conduzir à rejeição do pedido, dado que patenteiam carecer este de causa de pedir idônea, nada justificando que a sentença aí não se revista de coisa julgada.⁵³⁰

Bedaque concorda com Galeno Lacerda no sentido de que reconhecer impossibilidade jurídica do pedido é julgamento antecipado do mérito, com coisa julgada, pois não há diferença entre a impossibilidade jurídica do pedido que ampara indeferimento da inicial e o julgamento antecipado do mérito, após contestação, com base apenas em questões de direito. Tanto ontologicamente quanto no que se refere à profundidade da cognição, há identidade, segundo o autor. Assim, conclui, reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido é improcedência *prima facie*.⁵³¹

O processualista discorda, porém, de que ilegitimidade ordinária conduza também a julgamento de mérito, pois entende que, aqui, a decisão restringe-se a afirmar a impossibilidade de o autor obter tutela do direito alegado em favor de ou contra um terceiro. O mesmo se dá quanto à ilegitimidade extraordinária, que não levanta grandes dúvidas: o reconhecimento da falta de autorização legal para que alguém pleiteie em nome próprio direito alheio não importa em desacolhimento do pedido. E também, no geral dos casos, relativamente ao interesse processual: afirmar a desnecessidade, inutilidade ou inadequação da tutela jurisdicional pleiteada não corresponde a rejeitar o pedido por falta do direito alegado. Pode ser que o direito exista, tenha sido violado e, portanto, seja preciso tutela jurisdicional, mas de modo diverso daquele pleiteado.⁵³²

Com entendimento parcialmente coincidente com esse, Donaldo Armelin compreende serem apenas duas as condições da ação, de maneira que a possibilidade jurídica do pedido não se enquadra entre elas, pois ou é mérito ou reduz-se ao interesse processual ou à legitimidade para agir.⁵³³

⁵³⁰ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. No mesmo sentido, cf. DIDIER JR., Fredie. Um réquiem às condições da ação: estudo analítico sobre a existência do instituto. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002.

⁵³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁵³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁵³³ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

Diferentemente, Dinamarco, para quem possibilidade jurídica do pedido é genuína condição da ação, requisito de admissibilidade do exame do mérito, ela não se refere apenas ao pedido, mas também à causa de pedir: há impossibilidade não apenas pela vedação normativa *a priori* de dado pedido, mas também quando o ordenamento jurídico reputa ilícita dada causa de pedir (p. ex., um negócio jurídico simulado). Daí o autor referir-se à possibilidade jurídica da demanda, e não apenas do pedido.⁵³⁴ Aprofundando-se nessa direção, o autor aduz que possibilidade jurídica é da demanda em seus três elementos, e não apenas do pedido. Para a presença dessa possibilidade, há de inexistir vedação em tese ao pedido formulado (p. ex., separação de Estado federado), à causa de pedir (p. ex., dívida de jogo) ou relativamente à parte (p. ex., execução de quantia contra a Fazenda Pública mediante penhora).⁵³⁵

Na tramitação legislativa do projeto que resultou no CPC de 2015 preponderou a compreensão de que a possibilidade jurídica do pedido não deveria ser acolhida como condição da ação. Trata-se de ressonância da crítica doutrinária no sentido de que a impossibilidade jurídica do pedido (ou demanda, na linha de Dinamarco) deve conduzir a um julgamento de improcedência.⁵³⁶

Parece correta a opção legislativa. O próprio Liebman eliminou a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação autônoma, afirmando tratar-se de matéria afeta ao interesse processual. Hoje, portanto, a depender das circunstâncias ou da interpretação adotada, pode-se falar ou em falta de interesse ou em improcedência ante a constatação de impossibilidade jurídica do pedido.

Há, contudo, importante dificuldade decorrente do tratamento dispensado pelo CPC de 2015 à matéria: a ausência de previsão da impossibilidade jurídica do pedido (ou da demanda) entre as hipóteses de improcedência liminar, no rol do art. 332.⁵³⁷ Ora, se a possibilidade

⁵³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III.

⁵³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II. Sérgio Shimura segue tal compreensão, indicando também que, em rigor, a impossibilidade jurídica é da demanda, pois pode referir-se aos seus três elementos. A vedação *a priori* do ordenamento pode dirigir-se tanto ao pedido (p. ex., pedir herança de pessoa viva) quanto à causa de pedir (p. ex., cobrança de dívida de jogo) ou às partes (p. ex., execução mediante penhora e expropriação forçada contra a Fazenda Pública) (SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título executivo*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005).

⁵³⁶ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁵³⁷ Vale destacar que “a impossibilidade jurídica do pedido, que chegou a figurar entre as hipóteses de improcedência liminar do pedido no projeto do CPC, foi excluída do rol constante do artigo 332” (AURELLI, Arlete Inês. Análise crítica sobre o cabimento da teoria da asserção no sistema processual do CPC/15 e o possível equívoco do entendimento do STJ. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 330, pp. 17-42, ago. 2022).

jurídica do pedido não foi acolhida no texto do Código como condição da ação por consistir em matéria de mérito, a amparar julgamento de improcedência *prima facie*, sua falta deveria ter sido encartada como a primeira das hipóteses de improcedência liminar no art. 332, a qual improcedência é expressamente aí prevista para os casos em que o pedido contrariar, em dados casos, súmula ou precedente jurisprudencial, ou se constatar decadência ou prescrição.

Restou então uma lacuna para os casos em que o pedido contrariar manifestamente a própria lei – não é demais lembrar que nossa tradição jurídica é romano-germânica, da *civil law* –, sem que haja súmula ou precedente acerca de sua interpretação. Nessa ordem de ideias, Teresa Arruda Alvim indica que teria sido uma boa solução a inclusão da impossibilidade jurídica do pedido como hipótese de improcedência liminar.⁵³⁸ Parece, porém, que, para além de boa solução, ante o caminho trilhado pelo legislador, era necessário prever a impossibilidade jurídica como hipótese de improcedência liminar. Sobre a questão, confira-se ainda a lição de Arlete Inês Aurelli:

Em nosso sentir, a intenção primeira do legislador foi a de deixar expresso que a possibilidade jurídica do pedido não mais seria tratada como condição da ação. Apenas isso. Tanto é assim que no projeto do novo CPC, a impossibilidade jurídica do pedido figurava entre as hipóteses de improcedência liminar. De fato, do projeto do novo CPC, chegou a constar, no rol das hipóteses que causariam a improcedência liminar, aquela em que o pedido fosse manifestamente improcedente por contrariar o ordenamento jurídico. Ora, essa hipótese era a clara previsão da impossibilidade jurídica do pedido elevada ao patamar do mérito. É uma pena que, na versão definitiva, tenha sido suprimida, do rol de casos de julgamento liminar de improcedência.

Na verdade, se era essa a vontade do legislador, considerar a impossibilidade jurídica do pedido como questão de mérito, pensamos que perdeu ele uma grande oportunidade de assim determinar expressamente. O que restou, de fato, foi um problema. Isto porque, se o rol do artigo 332, que trata da improcedência liminar, for tido por taxativo, o juiz, ao se deparar com um caso de impossibilidade jurídica do pedido, não poderá decretá-la de plano e terá que encaminhar o procedimento até que possa decretar a improcedência quando do julgamento antecipado de mérito. E com isso teríamos clara violação ao princípio da duração razoável do processo e da economia processual. Ante a indecisão do legislador, talvez a melhor maneira de resolver o problema seja a proposta por Alexandre Câmara, encartando a possibilidade jurídica do pedido, dentro da condição da ação interesse processual.⁵³⁹

Desse modo, em face da lacuna do Código de 1973 em tal ponto, uma vez verificada hoje a impossibilidade jurídica do pedido, ou se reconhece carência de interesse processual ou se aplica analogicamente a regra da improcedência liminar. (Para momento posterior à

⁵³⁸ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁵³⁹ AURELLI, Arlete Inês. Juízo de admissibilidade. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.); BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord. de tomo). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 5.

audiência de conciliação e mediação, resposta do réu e eventual réplica do autor, o art. 355 do CPC de 2015 admite julgamento antecipado do mérito se for desnecessário encetar instrução probatória, hipótese em que se pode encartar casos de improcedência manifesta, mas isso, frise-se, não poderia ocorrer, ao menos pela letra do Código, já no começo do processo, solução desejável, uma vez que se está a cuidar da economia processual.)

5.7 BINÔMIO OU TRINÔMIO DE QUESTÕES NO PROCESSO CIVIL?

É evidente que a resolução de boa parte dos casos apreciados em juízo não resulta de simples raciocínio silogístico. Excepcionadas situações de grande simplicidade, que reproduzem com justeza dada hipótese normativa, no mais das vezes a análise do caso e das normas pelo juiz é um tanto complexa e sua solução recebe influxos psicológicos, culturais, intuitivos etc., de maneira mais ou menos consciente.⁵⁴⁰

De toda forma, é possível divisar um caminho lógico a ser percorrido pelo juiz na cognição das questões que se lhe apresentam, pois umas devem ser resolvidas previamente a outras. A questão prévia, como se sabe, deve ser resolvida antes da que lhe é subordinada, ou porque sua resolução impede ou permite a cognição desta última, ou porquanto influencia o sentido ou conteúdo da decisão da subordinada – aqui, há questão prejudicial e ali, preliminar. Daí a ideia de um trinômio de questões objeto da cognição judicial: pressupostos processuais, condições da ação e questões de mérito – as quais incluem o próprio mérito (pedido), com a diferença de que apenas este é julgado *principaliter*, no dispositivo. Os pressupostos processuais são questões preliminares em relação às condições da ação, que, por seu turno, são preliminares em relação às questões de mérito – tanto as incidentais, resolvidas na fundamentação, quanto a última questão a ser decidida nesse *iter* lógico, a principal, o mérito –, organizando-se, assim, em grandes linhas, o avanço da cognição judicial.⁵⁴¹

Foi por influência do direito processual italiano, e em especial da teoria das condições da ação de Liebman, que o direito processual brasileiro adotou o chamado trinômio de questões objeto de cognição no processo: as referentes aos pressupostos processuais, às condições da

⁵⁴⁰ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁴¹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012; e COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ação e ao mérito da causa.⁵⁴² Assim, no Brasil, tradicionalmente se dividem os requisitos de apreciação do mérito da causa em pressupostos processuais e condições da ação, devendo aqueles ser conhecidos preliminarmente a estas.

Falar em trinômio de questões é, pois, reportar-se a três espécies de pontos ou afirmações de fato ou de direito controvertidos ou duvidosos sobre as quais o juiz pode decidir no processo. As questões de mérito, vale repisar, não se confundem necessariamente com o mérito em si – cujo conceito foi acima indicado –, pois há questões prejudiciais de mérito (p. ex., a prescrição ou o parentesco numa demanda de alimentos) objeto de cognição *incidenter tantum*, logicamente antes do julgamento da questão principal (procedência ou improcedência do pedido = julgamento do mérito). Quadra conferir, a propósito, a lição de José Roberto dos Santos Bedaque:

Três são as respostas possíveis a um pedido formulado por alguém ao órgão jurisdicional:

a) O juiz limita-se a verificar a inexistência de um requisito de desenvolvimento do processo e, se não sanado o vício, põe fim à relação processual. Trata-se de análise limitada a aspectos puramente processuais, sem qualquer nexos com a relação jurídica de direito material [...].

b) Superada a fase exclusivamente processual, deve o juiz examinar, em tese, o pedido do autor, isto é, sem se preocupar com a veracidade ou não dos fatos que o fundamentam. Limita-se o magistrado a apreciar a pretensão, à luz do direito objetivo. Circunscreve-se tal análise à "premissa maior", aos fundamentos de direito da ação. Com base nesse exame, considerando tão-somente os elementos da ação tal qual expostos na inicial, poderá o juiz rejeitá-la, ou porque a pretensão não é admissível pelo ordenamento jurídico, ou porque quem o formula não tem qualidade para tanto, ou, finalmente, em razão de a prestação jurisdicional não ter qualquer utilidade para o postulante.

Convém ressaltar que essa verificação é feita à luz daquilo que o autor alega na inicial, não se sabendo ainda se os fatos são verdadeiros.

c) Após a análise da premissa maior, passa o magistrado a verificar os fundamentos de fato do pedido, ou seja, a premissa menor. Aquele juízo hipotético feito anteriormente, transforma-se em juízo real. Os fatos que fundamentam o pedido admissível em tese, postulado por aquele que em tese é o titular do direito e que, em tese necessita da jurisdição, são verdadeiros? O direito subjetivo efetivamente existe? Se provados os fatos, o pedido do autor será acolhido, obtendo ele um provimento favorável; caso contrário, o juiz o rejeitará.⁵⁴³

Na Alemanha – diferentemente da tradição processual brasileira –, os pressupostos processuais têm maior abrangência e incluem requisitos que aqui são enquadrados entre as condições da ação, a exemplo da legitimidade para a causa.⁵⁴⁴ Nessa linha, para os

⁵⁴² FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁵⁴³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 156, pp. 48-66, out./dez. 1991, p. 51.

⁵⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual civil: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83.

processualistas brasileiros que enxergam as condições da ação como questões de mérito – ou ora como questões de mérito, ora como pressupostos processuais –, há apenas um binômio de questões cognoscíveis judicialmente, mais ou menos como se dá na Alemanha.

Como as condições da ação são apreciadas a partir da relação jurídica de direito material apresentada na inicial, que compõe a causa de pedir, em cotejo com o pedido ali formulado, há uma corrente doutrinária que as compreende como questões de mérito, que devem levar ao acolhimento ou não do pedido. São, portanto, questões prejudiciais de mérito, porquanto influenciam o sentido do julgamento do mérito (pedido), que deve revestir-se de coisa julgada material. Nesse sentido, Susana Henriques da Costa aduz que seria contrassenso inexistir coisa julgada aí, permitindo-se repropositura da demanda, já que as condições da ação visam justamente à economia processual. (Com a superveniência do CPC de 2015, contudo, ficou expressamente consignada a inviabilidade de nova propositura sem sanção do defeito (art. 486, §1º).) Para a autora, as condições da ação são questões de mérito: sua ausência deve conduzir à improcedência do pedido. Constituem, segundo a processualista, situações de manifesta improcedência, que devem ser reconhecidas já no início do processo e, assim, têm grande utilidade na perspectiva da instrumentalidade processual.⁵⁴⁵

Desse modo, prossegue a autora, as condições da ação devem ser encaradas menos pela ótica puramente conceitual e mais pelo referido ponto de vista da instrumentalidade do processo, para que este possa servir como meio efetivo e adequado de tutela dos direitos. A tônica deve estar não no preciosismo das definições, mas sim em como as condições da ação podem prestar-se à tutela jurisdicional adequada dos direitos. Isso porque o instituto das condições da ação é primordialmente técnica processual, ou seja, elas são meios predispostos à consecução dos fins da jurisdição e do processo. Ao impedir a continuação de processos nascidos de demandas inviáveis, as condições da ação conferem efetividade ao princípio da economia processual.⁵⁴⁶

Apesar de essa perspectiva de análise das condições da ação, pela ótica da instrumentalidade processual, parecer bastante adequada, a compreensão exposta finda por contrariar o sistema desenhado tanto no CPC de 1973 quanto no de 2015, pois ambos

⁵⁴⁵ COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁵⁴⁶ COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

estabeleceram a extinção do processo sem exame de mérito para as hipóteses de falta de legitimidade para a causa ou interesse processual.

Além disso, muito embora se possa reconhecer que possibilidade jurídica do pedido e legitimidade ordinária sejam, ontologicamente, questões de mérito, o mesmo não se dá com a legitimidade extraordinária e o interesse de agir. Ora, a legitimidade extraordinária decorre de permissão normativa para que alguém pleiteie judicialmente em seu próprio nome a satisfação de direito alheio, matéria de contornos evidentemente processuais. Quanto ao interesse de agir, não obstante seja verificado, como as demais condições da ação, também a partir da relação de direito material apresentada em juízo, não se cuida de questão de mérito, como compreende parte da doutrina.⁵⁴⁷ Ora, tão somente o fato de a aferição ser feita à luz do direito material invocado não suporta a conclusão de que a matéria é de mérito. Basta lembrar, a propósito, da competência (*ratione materiae*, p. ex.), pressuposto processual de validade também analisado em face do direito material debatido. A falta de interesse processual – em qualquer de suas vertentes (necessidade, utilidade ou adequação) – não leva à rejeição do pedido, pois não se nega a existência do direito subjetivo afirmado para ampará-lo. Logo, não se trata de questão de mérito, mas sim de admissibilidade, que, se não fosse condição da ação, melhor se enfeixaria entre os pressupostos processuais de validade.⁵⁴⁸

Noutras palavras, malgrado seja plausível argumentar que a impossibilidade jurídica do pedido e a ilegitimidade ordinária para a causa mostram não ter o autor razão, porque o direito tal qual invocado não existe, de maneira que seu pedido deve ser desacolhido (julgamento de mérito), isso não sucede com a ilegitimidade extraordinária e a falta de interesse processual, pois, nesses casos, apesar de a análise partir dos elementos da demanda – e, por consequência, do direito subjetivo material afirmado –, não se trata de rechaçar o pedido por inexistência do direito material alegado, mas sim de dizer que o autor não pode demandar em relação àquele direito, por falta de amparo legal, ou que, ainda que haja tal direito, o pleito judicial formulado para tutelá-lo é desnecessário, inútil ou inadequado.

⁵⁴⁷ Nesse sentido, além de Susana Henriques da Costa (COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005), cf., p. ex.: GOMES, Fábio. *Carência de ação*: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; e GIDI, Antonio. A dimensão política do direito de ação. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 60, pp. 196-207, out.-dez. 1990.

⁵⁴⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O interesse de agir como pressuposto processual. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, pp. 164 -195, jan.-abr. 2018.

Seja como for, mesmo para as hipóteses de ilegitimidade ordinária e impossibilidade jurídica do pedido, é possível e plenamente legítimo que a lei faça um recorte de matéria que, pela adoção dessa ou daquela teoria, melhor se emolduraria como questão de mérito para, com o objetivo de conferir maior racionalidade e economia ao exercício da jurisdição, enquadrá-la como questão preliminar ao mérito. O CPC de 1973 fez isso com ambas. O de 2015 fê-lo apenas com a ilegitimidade, calando quanto à impossibilidade jurídica do pedido, a qual pode hoje ser apreciada como falta de interesse de agir ou mesmo como questão de mérito, como exposto na subseção precedente.

Parece melhor manter a tradição brasileira do trinômio de questões, com as condições da ação enquanto categoria processual separada dos pressupostos processuais, seja porque, na prática, isso não gerará resultados diferentes dos advindos de passar-se a tratá-las numa categoria unificada de requisitos de admissibilidade, seja em homenagem à sólida doutrina e jurisprudência que se formaram sobre a matéria ao longo de décadas, seja, ainda, por razões didáticas, facilitando-se, em especial para novos estudantes, o entendimento dos textos clássicos sobre o tema. Mudanças em institutos consolidados na cultura jurídica tendem naturalmente a gerar confusões até que a compreensão das novas questões que elas suscitam assente-se. Assim, mudanças desse jaez, quando não decorram inelutavelmente de inovação legislativa, precisam calcar-se em razões de grande força e relevância. Veja-se, a propósito, que o CPC de 2015 continua a exigir explicitamente legitimidade para a causa e interesse processual como requisitos para a análise do mérito do processo.⁵⁴⁹ Ora, só porque o Código não usou expressamente a designação “condições da ação” não significa que tenha abandonado toda a tradição brasileira formada ao longo de mais de meio século acerca do que se compreende por legitimidade e interesse processual.⁵⁵⁰

Ademais, as condições da ação, ao contribuírem para maior racionalidade da atuação jurisdicional, coadunam-se com o velho princípio da economia processual ou, se se preferir um

⁵⁴⁹ Basta lembrar, para suportar essa conclusão, estes três preceptivos:

“Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”

“Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] XI - ausência de legitimidade ou de interesse processual;”

“Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;”

⁵⁵⁰ A chamada escola processual de São Paulo, que acabou por espriar suas lições por todo o país, inclusive no que se refere às condições da ação – expressamente adotadas no CPC de 1973 pelas mãos de Alfredo Buzaid – iniciou-se com o magistério de Liebman no Brasil na década de 40 do século passado (GRINOVER, Ada Pellegrini. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito, USP*, São Paulo, v. 81, p. 98-102, 1986).

princípio hoje mais em voga e com assento constitucional, com o princípio da eficiência: o Poder Judiciário deve prestar jurisdição a todos que lhe batem as portas, com a maior adequação e rapidez e o menor dispêndio de recursos possíveis.

Rememore-se, de resto, que os pressupostos processuais se referem de forma mais próxima ao processo, ao passo que as condições da ação só podem ser analisadas à luz da relação de direito material afirmada. Essa distinção ontológica parece justificar a divisão das duas categorias. Não há dúvidas de que tanto os pressupostos processuais quanto as condições da ação são questões preliminares ao mérito; é dizer, estão no plano da admissibilidade do exame do pedido, de sorte que sua solução permite ou obstrui a apreciação deste. Como visto, a soma dos pressupostos processuais com as condições da ação resulta nos requisitos de admissibilidade para o julgamento de mérito.⁵⁵¹

Sem embargo, porém, de ambas as categorias se encontrarem na esfera da admissibilidade, não se confundem: pressupostos processuais são requisitos de existência e validade do processo (relação jurídica processual e procedimento), ao passo que as condições da ação relacionam-se com a validade do exercício do direito de ação.⁵⁵² Deveras, não obstante constituam uma segunda camada também de admissibilidade, as condições da ação referem-se à análise da demanda (direito de ação concretamente exercido) à luz de sua viabilidade apriorística – antes de apuração dos fatos – à luz do direito material,⁵⁵³ de maneira que estão, em comparação aos pressupostos processuais, mais perto do mérito do processo.⁵⁵⁴ Donde a ordem lógica do iter da cognição judicial: pressupostos processuais, condições da ação e questões de mérito, em atenção aos princípios da economia processual e da razoável duração do processo.⁵⁵⁵

⁵⁵¹ BUZAID, Alfredo. Do despacho saneador. *Revista de Direito Processual Civil*, Saraiva, São Paulo v. 1, n. 1, pp. 45-58, jan.-jun. 1960.

⁵⁵² ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

⁵⁵³ MEDINA, José Miguel Garcia. Possibilidade jurídica do pedido e mérito. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 93, pp. 371-383, jan.-mar. 1999.

⁵⁵⁴ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021; e AURELLI, Arlete Inês. Juízo de admissibilidade. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.); BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord. de tomo). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

⁵⁵⁵ AURELLI, Arlete Inês. Juízo de admissibilidade. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.); BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord. de tomo). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

Conquanto parte das questões suscitadas em matéria de condições da ação pudesse ser ontologicamente classificada entre as questões de mérito – isto é, questões relativas à relação jurídica de direito material deduzida cuja solução influencia o sentido do julgamento do mérito (pedido) –, o CPC fez legítima opção, amparada em princípios caros ao processo e com acento constitucional – lembre-se da razoável duração do processo, bem como de que a economia processual pode ser vista como expressão do princípio da eficiência –, no sentido de conferir a tais questões trato distinto: elas podem ser conhecidas de ofício já no albor do processo tido por inviável, que deve ser extinto sem julgamento do mérito. Cuida-se de técnica processual de organização da prestação jurisdicional.⁵⁵⁶

Por fim, calha observar, mesmo que legitimidade *ad causam* e interesse processual passassem a ser tratados numa categoria unificada de requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito, ainda assim os argumentos e conclusões apresentados neste trabalho permaneceriam válidos, porquanto tais argumentos e conclusões não se vinculam necessariamente ao enquadramento do interesse e da legitimidade como condições da ação: ambos continuariam a merecer aplicação nas mesmas hipóteses e a causar idêntico efeito jurídico, a imposição de extinção do processo sem exame do mérito.

5.8 TEORIA DA ASSERÇÃO (OU DA *PROSPETTAZIONE*)

Já se indicou haver casos em que a distinção entre condições da ação e mérito pode ser bastante nebulosa.⁵⁵⁷ Apesar de o CPC definir as condições da ação como requisitos de admissibilidade sem os quais a cognição judicial não deve chegar ao mérito da causa, é às vezes difícil diferenciá-las de questões genuinamente de mérito cuja solução suportaria julgamento de improcedência do pedido.⁵⁵⁸ Com efeito, ontologicamente, analisadas em si mesmas, independentemente do momento e da profundidade da cognição judicial, as condições da ação não podem com certa frequência ser distinguidas de questões de mérito. Vários casos de falta

⁵⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁵⁵⁷ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁵⁵⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. Possibilidade jurídica do pedido e mérito. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 93, pp. 371-383, jan.-mar. 1999.

de condição da ação – muito especialmente de possibilidade jurídica do pedido ou de legitimidade ordinária *ad causam* – são de clara inexistência do direito alegado pelo autor contra o réu na causa de pedir, o que deveria levar, em princípio, à improcedência do pedido.

Daí o surgimento da teoria da asserção (ou da *prospettazione*), segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas em cognição sumária, tão somente a partir da narrativa e dos documentos apresentados pelo autor com a petição inicial. Já após instrução probatória, um juízo que inicialmente levaria à conclusão de carência de ação deve resultar em julgamento do mérito. Essa forma de cognição das condições da ação é mais consentânea com a razão de ser destas:

Veja-se que, em nosso sentir, a teoria da asserção seria realmente a mais adequada, por forçar que as condições da ação cumpram a sua missão de funcionar como filtros para que o Estado-Juiz não tenha que se debruçar sobre conflitos de interesses trazidos por processos fadados a um término anormal. De fato, não há coerência nem sentido algum em se extinguir o processo, sem resolução do mérito, por constatar a falta das condições da ação, quando houve processamento do feito, com realização e prática de atos, com instrução probatória. Ora, se isso aconteceu, as condições da ação não funcionaram como filtros, pelo que, se já houve perda de tempo e dinheiro públicos, seria mais adequado que o Poder Judiciário realizasse o julgamento do mérito.

[...]

Talvez essa teoria seja a mais adequada porquanto dá rendimento à finalidade para a qual as condições da ação foram estabelecidas, qual seja, a de funcionar como verdadeiros filtros, para que o Estado-Juiz não tenha que se debruçar sobre conflitos de interesses pleiteados em processo destinados a ter um término anormal. Filtros para evitar perda de tempo e dinheiro públicos com processos em que não há um mínimo necessário.⁵⁵⁹

O STJ adota a teoria da asserção.⁵⁶⁰ Comentando o entendimento pretoriano, Arlete Inês Aurelli, sem embargo de reconhecer os méritos da teoria, entende que, diferentemente do

⁵⁵⁹ AURELLI, Arlete Inês. Análise crítica sobre o cabimento da teoria da asserção no sistema processual do CPC/15 e o possível equívoco do entendimento do STJ. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 330, pp. 17-42, ago. 2022. *E-book*, n.p.

⁵⁶⁰ Cf., ilustrativamente, os seguintes excertos de ementas:

“6. De acordo com a Teoria da Asserção, ‘as condições da ação, entre elas a legitimidade *ad causam*, devem ser avaliadas *in status assertionis*, limitando-se ao exame do que está descrito na petição inicial, não cabendo ao Juiz, nesse momento, aprofundar-se em sua análise, sob pena de exercer um juízo de mérito’ (REsp n. 1.661.482/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/5/2017, DJe de 16/5/2017.)”

(STJ, Terceira Seção, AgInt nos EmbExeMS n. 10.424/DF, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 24/5/2023, DJe de 26/5/2023.)

“4. Esta Corte Superior entende que, ‘À luz da teoria da asserção, o exame aprofundado das circunstâncias da causa, a fim de verificar a ilegitimidade da parte, constitui julgamento de mérito’ (AgInt no AREsp 861.548/MA, Relator Ministro LÁZARO GUIMARÃES, Quarta Turma, j. em 5/6/2018, DJe de 13/6/2018.)”

(STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp n. 2.094.650/PR, rel. Min. Raul Araújo, j. em 13/2/2023, DJe de 24/2/2023.)

“3. A jurisprudência deste Tribunal Superior é iterativa no sentido de que a análise das condições da ação, tal como a legitimidade ativa *ad causam*, a porventura acarretarem a extinção do processo sem resolução do mérito, são aferidas à luz da teoria da asserção, isto é, mediante a análise das alegações formuladas pelo autor na petição inicial, de modo que, demandando tais questões um exame mais aprofundado, essa medida implicará julgamento de mérito.”

que vem decidindo o STJ, ela não foi acolhida pelo CPC de 2015, que trata das condições da ação independentemente da profundidade da cognição, acolhendo a teoria de Liebman em sua feição original. Segundo a autora, pelo CPC, a conclusão pela falta de condições da ação calcada em cognição exauriente deveria levar igualmente à extinção do processo sem exame de mérito.⁵⁶¹

Entretanto, parece que, se, por um lado, o CPC de 2015 não adotou expressamente a teoria da asserção, por outro, não se pode dizer que a tenha repellido. De fato, os textos das regras do Código que tratam das condições da ação parecem permitir a interpretação propugnada na teoria da asserção.⁵⁶²

Fiel à teoria de Liebman tal qual por este originalmente formulada, Dinamarco repudia fortemente a teoria da asserção, segundo a qual, repise-se, as condições da ação devem ser apreciadas *in statu assersionis*, isto é, tão somente a partir da exposição apresentada com a petição inicial, de sorte que, após instrução probatória, situações que inicialmente gerariam carência de ação devem conduzir a julgamento de mérito (improcedência do pedido).

(STJ, Terceira Turma, REsp n. 1.749.223/CE, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 7/2/2023, DJe de 10/2/2023.)
 “3. A jurisprudência deste Superior Tribunal é uníssona ao adotar ‘a teoria da asserção, segundo a qual a presença das condições da ação, entre elas a legitimidade ativa, é apreciada à luz da narrativa contida na petição inicial, não se confundindo com o exame do direito material objeto da ação’ (AgInt no AREsp 948.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 03/11/2016).”

(STJ, Terceira Turma, AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.048.161/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 28/11/2022, DJe de 13/12/2022.)

“2. Conforme jurisprudência desta Corte Superior, o exame das condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, deve ser aferida com base na teoria da asserção (em abstrato), isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial.”

(STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp n. 2.106.615/PR, rel. Min. Marco Buzzi, j. em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022.)

“1. A jurisprudência desta Corte Superior adota a teoria da asserção, segundo a qual, a presença das condições da ação, dentre elas a legitimidade ativa, é apreciada à luz da narrativa contida na petição inicial, não se confundindo com o exame do direito material objeto da ação.”

(STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp n. 520.790/PB, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 24/10/2022, DJe de 3/11/2022.)

⁵⁶¹ AURELLI, Arlete Inês. Análise crítica sobre o cabimento da teoria da asserção no sistema processual do CPC/15 e o possível equívoco do entendimento do STJ. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 330, pp. 17-42, ago. 2022. *E-book*, n.p.

⁵⁶² Confirmam-se:

“Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”

“Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] XI - ausência de legitimidade ou de interesse processual;”

“Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;”

“Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. § 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.”

Dinamarco compreende que, mesmo finda a produção de provas, deve-se igualmente reconhecer falta de condição da ação, como se faria no começo do processo.⁵⁶³

E realmente parece que Liebman não concebeu sua teoria das condições da ação em conformidade com a ideia depois expressa pela teoria da asserção. Ao tratar da legitimidade *ad causam*, p. ex., admitia o processualista que ela pudesse em certas situações encontrar-se tão imbricada com o mérito da causa que devesse ser analisada de modo incorporado ao julgamento do mérito. Referia, porém, casos excepcionais nos quais o exame da legitimidade para a causa, enquanto condição da ação (e não questão de mérito), demandava alguma instrução probatória, com o que se pode afirmar não estar a teoria da asserção aninhada na teoria pensada por Liebman. João Batista Lopes corrobora essa constatação, afirmando que a construção de Liebman diferia da posterior teoria da asserção, pois não se contentava com o quadro fático narrado na inicial; antes, exigia exame da relação jurídica de direito material mesma – e não de sua mera afirmação –, à vista das alegações, dos documentos apresentados e, em certos casos excepcionais, até com produção de outras provas. Em oposição à teoria da asserção, esta última compreensão é chamada por João Batista Lopes de teoria substancial das condições da ação.⁵⁶⁴

Galeno Lacerda adota em linhas gerais a teoria das condições da ação de Liebman e propugna que a verificação delas faz-se “na hipótese, no pressuposto, de verazes as declarações de fato” do autor. As condições da ação fazem uma ponte entre a ação e o direito subjetivo material discutido. E a bem da economia processual, devem ser aferidas mesmo antes do despacho saneador, embora este também deva contemplá-las. Contudo, apesar de afirmar que as condições da ação são examinadas “na hipótese, no pressuposto, de verazes as declarações de fato” do autor, à frente o autor defende que, se “não for possível decidir a questão no saneador, pela necessidade de instrução probatória, nada impede se difira a solução para a sentença final”.⁵⁶⁵

Assim, parece correto afirmar que a teoria da asserção se afigura como aprimoramento da formulação das condições da ação, aperfeiçoamento útil não apenas para diferenciá-las do mérito

⁵⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

⁵⁶⁴ LOPES, João Batista. Sentença. Nulidade. Condições da ação. Cessão da posição contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 887, pp. 81-91, set. 2009. Há, no entanto, quem sustente que a teoria da asserção é decorrência da própria compreensão de Liebman acerca do método de aferição das condições da ação (GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência de ação. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969).

⁵⁶⁵ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 78.

da causa – confusão fonte das mais veementes e fundadas críticas dirigidas contra a teoria liebmaniana em sua feição pura –, como também para atender ao seu objetivo de dar maior racionalidade e economia à atuação jurisdicional. Calha conferir a respeito o escólio de José Roberto dos Santos Bedaque:

Também é possível que o juiz examine determinados elementos da relação substancial apresentada pelo autor, sem se aprofundar na cognição. A análise desses elementos deve ser feita à vista do afirmado na inicial, pois permitirá ao magistrado, desde logo, impedir o desenvolvimento de um processo inútil. Trata-se, aqui, das chamadas condições da ação.

Devem as condições da ação ser analisadas em tese, isto é, sem adentrar ao exame do mérito, sem que a cognição do Juiz se aprofunde na situação de direito substancial. Esse exame, feito no condicional, ocorre normalmente em face da petição inicial, *in statu assertionis*. Apenas por exceção se concebe a análise das condições da ação após esse momento: é que algumas vezes não há elementos para que tal ocorra naquele instante. Desde que a cognição permaneça nos limites formulados (análise em tese, no condicional), permanecerá no âmbito das condições da ação.

Em princípio, portanto, essas condições estão diretamente relacionadas com o momento procedimental da propositura da demanda. Devem ser analisadas à luz da afirmação do direito substancial, abstraindo-se de sua efetiva existência. Reside aí a grande vantagem da concepção dessa categoria processual, que se coloca entre o processo e a relação material, pois se impede o prosseguimento inútil da relação processual. Consiste em aplicação incontestada do princípio da economia processual e é consequência do método instrumentalista de estudo dos institutos processuais.

Dessa forma, as condições da ação, além de estabelecerem o necessário nexos entre o direito processual e o direito material, são fator de economia, pois permitem a interrupção do processo quando, à luz da situação material que embasa o pedido do autor, o provimento pleiteado não se mostre viável.⁵⁶⁶

Sobre possibilidade jurídica do pedido e legitimidade ordinária para agir, condições da ação mais próximas das questões de mérito, explica ainda Bedaque:

A impossibilidade jurídica configura, sem dúvida, uma improcedência evidente da demanda. Esse resultado, todavia, é consequência de uma cognição feita, em tese, no condicional, sem verificar se os fatos efetivamente ocorreram. Por isso, a decisão não toca o mérito propriamente dito. Trata-se de mecanismo imaginado pela doutrina e adotado pelo legislador, para permitir a extinção liminar de uma demanda inviável. Em face da cognição sumária e superficial aí verificada e por política legislativa, opta-se por não dotar os efeitos dessa sentença de imutabilidade.⁵⁶⁷

Para verificar a legitimidade, portanto, o Juiz deve considerar a relação jurídica *in statu assertionis*, abstraindo da sua efetiva existência. Raciocina o magistrado, por hipótese, no condicional, admitindo, provisoriamente, a veracidade dos fatos alegados. A efetiva existência desses fatos constitui mérito e será examinada com base na prova produzida.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 156, pp. 48-66, out./dez. 1991, p. 54.

⁵⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 156, pp. 48-66, out./dez. 1991, p. 55.

⁵⁶⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 156, pp. 48-66, out./dez. 1991, p. 58.

E prossegue, noutro passo, o processualista em sua defesa da teoria da asserção: à luz da instrumentalidade do processo, “insiste-se na importância do momento adequado ao exame das condições da ação. Somente se realizado na inicial ou, na pior das hipóteses, até o saneador a categoria revela utilidade para o sistema processual, pois contribui decisivamente para a economia processual”.⁵⁶⁹

Realmente, a teoria das condições da ação perde sua utilidade, sob a ótica da instrumentalidade do processo, ao se admitir sua aplicação mediante instrução probatória levada a efeito para além dos documentos acostados à inicial.⁵⁷⁰ Não por outra razão, a teoria da asserção recebeu acolhida não só na jurisprudência do STJ, como visto, mas também por significativa parte da doutrina.⁵⁷¹

Kazuo Watanabe, na linha do reparo feito pela doutrina que admite a teoria das condições da ação – reparo exposto na subseção 5.3.1 –, explica que as condições da ação não determinam a existência ou não do direito de ação; são condições para o julgamento de mérito, amparadas em sólidas razões de economia processual. Tal reparo doutrinário somado à teoria da asserção afastam as críticas à teoria de Liebman, pois ação houve mesmo no processo extinto por falta de condição da ação e coisa julgada aí inexistente porque a cognição foi sumária.⁵⁷² Sobre a profundidade da cognição judicial das condições da ação, explica Flávio Yarshell, no mesmo sentido, que a aferição delas não é senão um exame apriorístico e superficial (em cognição sumária) da relação material.⁵⁷³ Assim, com a teoria da asserção, marca-se bem a divisa entre condições da ação e mérito, com expressivos ganhos em favor da racionalidade e eficiência na entrega da prestação jurisdicional.

⁵⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 398.

⁵⁷⁰ LOPES, João Batista. Sentença. Nulidade. Condições da ação. Cessão da posição contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 887, pp. 81-91, set. 2009.

⁵⁷¹ Além de Bedaque, adotam a teoria da asserção, por exemplo: Kazuo Watanabe (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012); Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Legitimação para agir: indeferimento de petição inicial. Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988); Rodrigo da Cunha Freire (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005); Machado Guimarães (GUIMARÃES, Luiz Machado. *Carência de ação. Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969), Hélio Tornaghi (TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. I, pp. 90-91); e Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas* 1. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

⁵⁷² WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁷³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006.

Vale observar, aliás, que, para aplicação da teoria da asserção, como esclarece Kazuo Watanabe, é desnecessário o expediente de reputar verdadeira a narrativa da petição inicial. A apuração das condições da ação *in statu assertionis* é simples exame de admissibilidade pautado pelas afirmações feitas pelo autor e pelos documentos exigidos em lei que ele apresentou, sem cogitação alguma acerca da veracidade ou não do alegado. Cuida-se de confronto singelo entre a petição inicial e as condições da ação para aferir a viabilidade do processo.⁵⁷⁴

É forçoso reconhecer, assim, que o método de exame das condições da ação preconizado pela teoria da asserção constitui evidente aprimoramento da teoria de Liebman, em prol da instrumentalidade e da economia processual, para além de afastar uma das principais e mais bem fundadas críticas desferidas contra as condições da ação, a concernente à indistinção entre boa parte das situações analisadas no âmbito das condições da ação e o mérito da causa. Sobre esse último aspecto, lembre-se que as fragilidades da teoria de Liebman, atacadas por seus críticos, estão basicamente, como já exposto, nestes pontos: (i) confusão das condições da ação com o mérito do processo; (ii) suposta inexistência de ação (e, por conseguinte, de processo e jurisdição) sem as condições ação; (iii) análise destas à luz da instrução probatória realizada no processo; e (iv) não revestimento da sentença de carência de ação pela coisa julgada, com possibilidade de repositura da demanda.

Todavia, essas objeções não resistem às respostas já formuladas pela doutrina. Quanto ao ponto (ii), basta o quanto exposto na subseção 5.3.1, acerca do reparo feito pela doutrina que admite a teoria das condições da ação quanto à sua natureza, não de condições da existência da ação, mas sim de requisitos do regular exercício do direito de ação para que se possa alcançar o exame do mérito da causa. Relativamente aos pontos (i) e (iii), a teoria da asserção oferece solução satisfatória, pois surgiu justamente para bem delimitar a fronteira entre condições da ação e mérito, em benefício da racionalidade e economia processual.

Por fim, em relação ao ponto (iv), é de ver que parte da doutrina e da jurisprudência já interpretava o art. 268 do CPC de 1973 no sentido de que a repositura da demanda requeria a correção do defeito constatado,⁵⁷⁵ mesmo em se tratando de falta de pressuposto processual –

⁵⁷⁴ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁷⁵ José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim, p. ex., defendiam que a sentença que pronuncia a falta de condição da ação produz fenômeno similar à coisa julgada, a impedir a propositura de nova demanda sem correção do defeito, com a qual correção não se tratará rigorosamente da mesma demanda (ALVIM, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

cuja ausência, constatada em decisão terminativa, não faz também coisa julgada –, interpretação que veio a ser positivada expressamente no CPC de 2015. De fato, o art. 485 no novo Código afirma que, ante a falta de pressuposto processual (inciso IV) ou de legitimidade para a causa ou interesse processual (inciso VI), impõe-se extinção do processo sem resolução do mérito, o que, segundo o art. 486, não obsta repropositura da demanda, contanto que corrigido o respectivo defeito.⁵⁷⁶ Parece que essa solução, agora positivada no Código, afasta a razão das críticas relacionadas à não formação de coisa julgada nesses casos.⁵⁷⁷

5.9 FALTA DE LEGITIMIDADE PARA AGIR E INTERESSE PROCESSUAL EM DEMANDAS PSEUDOINDIVIDUAIS PARA ALTERAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As inadequações da litigância individual, em contraste com a adequação do processo coletivo estrutural, em se cuidando de litígios cuja solução implica necessária modificação de políticas públicas, consoante exposto nas seções 2, 3 e 4 deste trabalho, constituem problema a ser resolvido por meio da técnica processual analisada nesta seção 5, a das condições da ação. Os elementos para formulação dessa conclusão, a qual se pretende estabelecer na presente subseção, pensa-se já terem sido apresentados ao longo do texto, restando apenas fazerem-se os últimos encaixes e arremates.

⁵⁷⁶ Vale lembrar que nem sempre a falta de pressuposto processual conduz à extinção do processo: a incompetência leva, em regra, à remessa dos autos ao juízo competente, e a imparcialidade causa a substituição do juiz.

⁵⁷⁷ Até se poderia falar em coisa julgada na hipótese ora tratada, porquanto inexistiria rigorosamente repropositura, já que a segunda demanda, já corrigida, não coincide com a primeira; antes, é nova, como preferem Marinoni e Arenhart, críticos das condições da ação (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 71). Essa posição restou reforçada pelo cabimento de rescisória contra decisão terminativa que impede repropositura da ação (art. 966, § 2º, I, do CPC de 2015), já que rescisória é instrumento processual para desconstituição da coisa julgada. Mas enxergar coisa julgada aí, sem cognição exauriente – se observada a teoria da asserção – e sem decisão de mérito, parece escapar demais ao conceito do instituto. Note-se que o mesmo artigo permite igualmente rescisória contra decisão de não conhecimento de recurso (art. 966, § 2º, I, do CPC de 2015). Logo, ou se reconhece nesses casos coisa julgada, alargando grandemente os contornos do instituto, ou se admite rescisória contra decisões que impedem a repropositura mesmo sem coisa julgada. Alguns autores recorrem à expressão “coisa julgada processual” para explicar tal situação (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 530). A questão, porém, talvez seja mais terminológica do que relevante em termos de consequências reais. De toda forma, parece mais adequado reservar a coisa julgada às decisões de mérito calcadas em cognição exauriente, mantendo-se, assim, continuidade, na linha do que se vem sustentando neste trabalho, com os conceitos processuais básicos tradicionalmente sustentados pela doutrina, sempre que não os alterem inequivocamente a lei ou razões de relevância demonstrada.

Com tal solução, atende-se à necessidade de que o direito processual, sob a perspectiva da instrumentalidade que lhe é inerente, ofereça soluções adequadas aos problemas decorrentes do direito material incidente sobre a realidade fática. Como ressalta Arlete Inês Aurelli:

Para obter a efetividade da jurisdição, o processo deve atuar em perfeita sintonia com o direito material, com a realidade social, através de meios adequados a garantir os direitos do indivíduo.

Todo conflito que traga consequências para o seio da sociedade deve ser resolvido pensando no todo, e não somente nas partes envolvidas.⁵⁷⁸

Cabe ao jurista, sempre nos lindes demarcados pelos textos normativos, interpretar as normas de direito processual de modo a conferir efetividade à função instrumental desse ramo do direito, para que este possa bem atender às exigências do direito substancial em dado contexto fático e axiológico, como exposto na seção 2 (em especial na subseção 2.1.2). Nesse particular, importa reafirmar que as condições da ação, enquanto requisitos de admissibilidade do exame do mérito, são plenamente compatíveis com o direito constitucional de ação (ou princípio da inafastabilidade), o qual assegura a todos a possibilidade de demandar e de ver sua demanda apreciada pelo Judiciário, ainda que seja pela afirmação de inadmissibilidade de exame de seu mérito. Esse direito fundamental não garante sempre o julgamento do pedido (procedência ou improcedência), pois outros valores também constitucionais – como os princípios da razoável duração do processo e da eficiência – sustentam o filtro processual dado pelas condições da ação.

Vale observar, nesse sentido, que as condições da ação – assim como os pressupostos processuais –, limitações infraconstitucionais que são, devem harmonizar-se com a Constituição, máxime com as disposições constitucionais sobre processo, servindo, pois, aos escopos de acesso à ordem jurídica justa e duração razoável dos processos – a qual duração razoável claramente se relaciona com o princípio da economia processual.⁵⁷⁹ Lembre-se, ainda, que o princípio constitucional da eficiência, ao preconizar o alcance dos melhores resultados possíveis com a maior economia factível – evitando-se, assim, desperdícios – expressa também com clareza ideias ínsitas ao princípio da economia processual. Ora, a categoria das condições da ação, como já assinalado, serve justamente a esse propósito, conferindo maior eficiência e racionalidade ao exercício da função jurisdicional do Estado.

⁵⁷⁸ AURELLI, Arlete Inês. Função social da jurisdição e do processo. In: Zufelato, Camilo; Yarshell, Flávio Luiz (coord.). *40 anos de teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 129.

⁵⁷⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O acesso à justiça e as condições da ação. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 174, pp. 325-338, ago. 2009.

5.9.1 Ilegitimidade para agir

Em se tratando de direitos metaindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*), essencialmente coletivos, o direito processual civil brasileiro – ao contrário do que se dá nos Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, Canadá e Austrália, por exemplo – não atribui de modo amplo ao indivíduo legitimidade extraordinária para propositura de ações.⁵⁸⁰ Convém citar, todavia, posição doutrinária no sentido de que, em determinadas situações de inércia dos legitimados coletivos, poderia o indivíduo agir para além da via da ação popular:

Não é difícil de se imaginar, *e.g.*, uma determinada atividade ou obra, de responsabilidade do Município, provocando a poluição sonora junto a uma pequena comunidade, desprovida de associação de moradores ou de defesa do meio ambiente, cuja promotoria esteja com o cargo de Promotor vago. Estariam os moradores fadados a suportar o barulho, aguardando a designação de um novo Promotor ou teriam de formar uma associação para serem admitidos em juízo?

[...]

A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para a defesa do seu direito à tranquilidade ou à sua saúde, refletirá em toda a coletividade. Demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termos concretos, que a limitação ou não do barulho, bem como a manutenção ou não das atividades da indústria, produza efeitos apenas em relação ao autor individual. A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto, em tais hipóteses, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse, não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançado o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito.⁵⁸¹

Embora se possa questionar, *de lege lata*, essa proposta de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, ela não incorre absolutamente no grave problema que se buscou marcar ao longo deste trabalho. Não se cuida aí de tratar direito essencialmente coletivo como se não o fosse em um processo individual, no qual apenas pequena fração do litígio coletivo será decidido de modo particularizado para o autor individual, mas sim de conferir ao indivíduo legitimidade para instaurar processo em que, no caso de procedência, aquele direito findará por ser tutelado coletivamente, em benefício de todos os seus titulares. Note-se, a propósito, que os direitos difusos retratados nos exemplos apresentados pelo citado autor são faticamente indivisíveis, ou seja, não comportam, por impossibilidade fática, satisfação fracionada, apenas para algum ou

⁵⁸⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O acesso à justiça e as condições da ação. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 174, pp. 325-338, ago. 2009.

⁵⁸¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O acesso à justiça e as condições da ação. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 174, pp. 325-338, ago. 2009. *E-book*, n.p.

alguns titulares.⁵⁸² Quer dizer, em tais casos, por imposição da realidade, ou se tutela o direito para todos ou para ninguém. Com isso, ainda que se adote o alvitre do autor, não se apresentam o tratamento anti-isonômico e os demais problemas de que se ocupou em seções anteriores deste texto.

Sucedem, contudo, haver direitos difusos que até podem, no plano fático, ser atendidos de modo limitado a dados titulares, mas que, juridicamente, não o podem. Isso sucede com o tipo de litígios aqui versados, cuja solução jurisdicional envolve necessariamente alteração em políticas públicas. É o que se como se buscou demonstrar na subseção 3.2. Para tais litígios, até se poderia cogitar na possibilidade de demanda ajuizada por indivíduo com o fim de alterar para todos a política pública, alargando-se a legitimidade extraordinária em face de eventual omissão dos legitimados coletivos, na linha da proposta de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Entretanto, na prática do foro, consoante exposto ao longo do texto, o que notoriamente se constatam são milhares de processos individuais em que se busca tutela apenas do demandante, mediante alteração singularizada da política pública em seu exclusivo benefício. E isso, como exposto, não se afigura juridicamente admissível.

Como explicado na subseção 3.2.1, a identificação da espécie de direito coletivo em sentido amplo objeto de tutela depende do pedido e da causa de pedir da demanda ajuizada.⁵⁸³ A partir desse exame caso a caso, é possível identificar demandas pseudoindividuais (v. *infra* subseção 5.9.3) em tema de alteração de políticas públicas, isto é, demandas que invocam direito difuso como se fosse individual, apresentando somente fragmento de um litígio coletivo, cuja solução juridicamente admissível só pode ser indivisível, alcançando com isonomia todos os envolvidos.

Porque toda política pública, por definição, deve ser estruturada e implementada de modo uniforme e isonômico em benefício de todos os cidadãos que estiverem em igual condição, sempre mediante emprego de numerário público limitado, a solução singularizada daquele fragmento do litígio de natureza coletiva gera, como exposto, violação ao princípio da igualdade e distorções no orçamento público e na racionalidade da política pública envolvida. Assim, se a narrativa da petição inicial e os documentos que a acompanham retratarem tal

⁵⁸² O exemplos apresentados podem ser enquadrados como de demandas individuais com efeitos coletivos, referidas abaixo na subseção 5.9.3.

⁵⁸³ Cf. SHIMURA, Sérgio Seiji. *Tutela coletiva: e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006; e GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 805.

situação, pode-se concluir cuidar-se de falsa demanda individual, a ser inadmitida no limiar do processo por falta de legitimidade para agir.

Isso porque, como se procurou demonstrar na subseção 3.2 – cujo texto guarda estreita relação com o exposto nesta subseção –, o direito à alteração de uma política pública tem natureza difusa: (i) sua titularidade é múltipla e indeterminada, pois deve abarcar todos os cidadãos atual e potencialmente beneficiários da política; e (ii) e seu objeto é indivisível juridicamente: ofende o direito privilegiar apenas um ou alguns dos beneficiários com determinada singularização da política, mediante maior dispêndio de recursos públicos limitados, apenas em seu favor, olvidando-se os demais beneficiários.

Portanto, demanda cuja causa de pedir invoque certo direito social para cuja satisfação seja preciso modificar a respectiva política pública assume nítidos contornos coletivos. Direito assim afirmado na petição inicial tem índole difusa e só pode ser adequadamente tutelado pela via processual coletiva. Há, pois, ilegitimidade ativa para a causa em demandas individuais nesses casos.

5.9.2 Ausência de interesse processual

Parte da doutrina vem propugnando a preferência da tutela coletiva nos casos de modificação de políticas públicas, mas ressalva a irrestrita abertura da via processual individual.⁵⁸⁴ Parece, no entanto, que, constatados resultados claramente contrários ao sistema jurídico em decorrência da litigância individual nesse campo, em contraste com a evidente e significativa maior adequação da tutela coletiva estrutural – como se buscou mostrar nas seções 2, 3 e 4 deste trabalho –, franquear livremente o curso da via individual para judicialização fragmentada de tais litígios não deveria ser solução processual corrente. Mas é, como igualmente já se procurou mostrar acima.

Uma visão alternativa a essa compreensão do acesso individual à justiça passa pela análise das condições da ação, empreitada que se tenciona levar a efeito no presente estudo, não

⁵⁸⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 17, n. 60, abr./jun. 2016, p. 26.

só a partir da legitimidade para agir, mas sobretudo pela análise do interesse processual, como se espera ter deixado entrever ao longo do texto.⁵⁸⁵

De fato, ante a inadequação do modelo de litigância individual para alterações de políticas públicas, considerada a impossibilidade de prestação jurisdicional adequada por meio desta via processual – o que só pode ser aferido caso a caso, em face, diga-se novamente, da narrativa extraída da petição inicial e dos documentos que a acompanham –, parece claro que o processo aí não tem utilidade, pois não atende aos objetivos primordiais da jurisdição: (i) não tende a realizar o direito objetivo; ao contrário, tende a ofender o princípio da igualdade, a racionalidade do orçamento público e o desenho normativo das políticas públicas, voltadas que são naturalmente ao atendimento da coletividade; (ii) nem se volta à pacificação do conflito, o qual, dada sua feição coletiva, foi apanhado apenas em uma pequena porção, deixando-se ao desabrigo todos os demais envolvidos, já que a tutela jurisdicional, se positiva, criará privilégio injustificável apenas em favor do demandante individual; e (iii) tampouco tutela os direitos subjetivos fundamentais insatisfeitos; antes, cria-se privilégio em benefício do autor da ação individual, customizando-se a política pública apenas para ele e olvidando-se todos os demais cidadãos em idêntica situação.

Impende rememorar, na linha do exposto acima (v. subseção 5.5.1), que o interesse processual em sua vertente utilidade deve ser compreendido não exclusivamente sob a ótica do autor, mas igualmente sob a perspectiva pública, isto é, o processo deve ser útil também em termos de alcance dos reportados fins da jurisdição.

Espera-se, de resto, já ter deixado entrever que considerações como as ora apresentadas não contrariam a noção de acesso à justiça; antes, com ela se harmonizam. Consoante argumentação apresentada ao longo das seções 2, 3 e 4, em se tratando de revisar políticas públicas mediante sua modificação, o acesso coletivo à justiça, afora atender à

⁵⁸⁵ Ao tratar, ainda que com bem menor desenvolvimento e aprofundamento em comparação com o que se buscou fazer na seção 2 deste trabalho, da inadequação do modelo de litigância individual para alterações em políticas públicas, o autor acenou nas seguintes publicações, de forma bastante incipiente, para a ideia de ausência de interesse de agir em demandas individuais nesse campo: NASSAR, Marcos; RIBAS, Lídia Maria. Coletivização do controle judicial de políticas públicas: concretização igualitária e racional de direitos sociais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 45, pp. 98-121, mar.-jun. 2019; e NASSAR, Marcos; RIBAS, Lídia Maria. Direitos sociais e acesso à justiça: reflexão sobre o interesse de agir em ações individuais. *Cognitio Juris*, João Pessoa, n. 37, n.p., dez. 2021. A segunda publicação, ao final do primeiro ano do Doutorado, já é fruto da pesquisa realizada em seu curso.

exigência constitucional de inafastabilidade da jurisdição, é a alternativa mais adequada oferecida pelo sistema processual.

Deveras, no mais das vezes, a prestação adequada de tutela jurisdicional individual em sede de modificação de políticas públicas mostra-se impossível.⁵⁸⁶ Assim, verificada no caso em apreciação tal impossibilidade, a solução preconizada no sistema processual é a extinção do processo sem análise de mérito por ausência de interesse de agir (utilidade). Ora, qual é a utilidade de processo no qual se mostra impossível adequada prestação jurisdicional? Ou pior, que gerará resultados contrários ao sistema jurídico? Utilidade nenhuma. Em casos assim, o juiz deve dar ciência ao Ministério Público (art. 7º da Lei 7.347/1985) e a outros colegitimados coletivos, para que promovam tutela adequada pela via coletiva (art. 139, X, do CPC).

Ademais, tais demandas individuais carecem de interesse de agir também em sua vertente adequada. Sobre essa vertente do interesse processual, Flávio Luiz Yarshell frisa que nem o nome atribuído à ação, nem os fundamentos legais apresentados na inicial e tampouco erros de procedimento corrigíveis devem conduzir à conclusão pela inadequação da via eleita. Para a adequação de que se cuida, é preciso considerar em cada caso apenas se o pedido formulado é apto, em tese, a levar à resolução do problema apresentado na petição inicial, bem como se o procedimento (ainda que após possíveis correções) é também idôneo a conduzir a tal resolução.⁵⁸⁷ Também sob essa perspectiva, a indicada impossibilidade (de solução adequada para o caso apresentado na via processual individual) leva à carência de ação por ausência de interesse de agir.

Sobre isso, quadra reproduzir, em reforço, advertência apresentada por Rodolfo de Camargo Mancuso:

*Forçar o curso dos conflitos metaindividuais pelos acanhados caminhos da jurisdição singular é postar-se na contramão do que hoje se alça como o primeiro e mais relevante item da pauta judiciária, a saber, o *modus* pelo qual se há de recepcionar judicialmente*

⁵⁸⁶ Diferentemente do que se propõe aqui, para Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 125-150), qualquer ação (de controle concentrado de constitucionalidade, coletiva, individual com efeito coletivo ou meramente individual) pode ser manejada para controle de políticas públicas, ainda que, como ressalva a autora, as demandas individuais exijam maior cuidado relativamente à escassez dos recursos públicos. Todavia, a pergunta que naturalmente surge dessa ressalva da processualista, mas fica sem resposta satisfatória, é, na linha do que se vem expondo neste trabalho: que cuidado é factível em cada um dos milhares de processos individuais sobre saúde ou vagas em creches, por exemplo?

⁵⁸⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006.

a explosão da litigiosidade.⁵⁸⁸

De fato, a adequação da via processual eleita ganha ainda maior importância no atual contexto de multiplicação de demandas, geradora de notória morosidade e perda de qualidade da prestação jurisdicional. Não foi, a propósito, outra ordem de preocupações que levou o STJ, por sua Segunda Seção, a estabelecer em 2009, em julgamento de recurso repetitivo (REsp 1.110.549), esta tese: “Ajuizada ação coletiva atinente à macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”. Em 2013, a Corte, desta feita por sua Primeira Seção, igualmente em recurso repetitivo (REsp 1.353.801), adotou a mesma compreensão, referindo-se expressamente ao primeiro precedente. Nesses e em precedentes ulteriores, o Tribunal fundamentou o entendimento fixado basicamente no argumento de que a via processual coletiva é mais adequada atualmente à efetivação do acesso à justiça, em termos práticos e racionais.

Segue mesmo caminho regra proposta no art. 37 do Projeto de Lei n. 5.139/2009 (que busca conferir novo regramento à ação civil pública): “O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição”.⁵⁸⁹

Note-se que, como a tutela coletiva é vocacionada a contemplar todos que estão na mesma situação, se ela for perseguida – o que, no caso do Ministério Público, é um dever, fiscalizado por órgãos de revisão interna –, em caso de êxito, os demandantes individuais serão por ela alcançados tanto na hipótese de extinção de processos individuais por falta de condição da ação, como preconizado nesta tese, quanto no caso de paralisação de sua tramitação à espera do julgamento coletivo (solução alvitada pelo STJ e objeto da referida proposição legislativa).

De lege lata, parece que a conclusão pela falta de condições da ação em tais casos tem amparo no sistema jurídico e na tradição processual, ao passo que a suspensão dos processos individuais enquanto não finalizado o processo que trata coletivamente do litígio, não obstante calcada em preocupações relevantes, não se sustenta sobre fundamento jurídico de equivalente solidez. Além disso, franquear-se o ajuizamento de ações individuais para imediatamente determinar-se a suspensão dos respectivos processos até que se julgue em definitivo o processo

⁵⁸⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas* 1. ed. em *e-book* baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁵⁸⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5139/2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências.

coletivo sobre a questão é, em termos práticos, o mesmo que extinguir processos individuais por carência de ação. Afinal, não haverá prestação jurisdicional individual de um e de outro modo.

Ora, qual é a utilidade de manter multidão de processos suspensos se a questão será decidida apenas num processo coletivo? De que serve ajuizar ações individuais em tal hipótese? Para a parte autora, em que difere a opção de não ajuizar ação individual e beneficiar-se com um futuro desfecho favorável em processo coletivo da alternativa de ajuizar ação para ver na sequência seu processo paralisado à espera de tal desfecho. Talvez a única diferença aí esteja no pagamento ou não de honorários advocatícios nos processos individuais, o que não pode justificar dispêndio de tempo, energia e dinheiro público para instauração de processo a ser prontamente suspenso. Não parece haver razão para albergar tal solução, sem amparo legal claro, em detrimento do manejo das velhas condições da ação.

Por fim, muito embora, em regra, antes de extinguir o processo sem exame de mérito por falta de interesse de agir na vertente adequação da via eleita, deva o juiz possibilitar ao autor a correção do provimento pedido ou do procedimento intentado,⁵⁹⁰ é de observar que, nos casos de que o presente trabalho se ocupa, não é possível correção, pois não é dado ao autor pedir tutela do direito difuso em favor de todos os envolvidos, visto lhe faltar legitimidade *ad causam* para tanto. Portanto, não parece pertinente sua intimação para correção – que lhe é impossível – do defeito. Em vez disso, vale repetir, ao extinguir o processo, o juiz deve comunicar o Ministério Público e outros legitimados para promoção de tutela coletiva (art. 7º da Lei 7.347/1985 e art. 139, X, do CPC).

5.9.3 Demandas pseudoindividuais

Espera-se já ter ficado claro o porquê da opção pela expressão “demandas pseudoindividuais” a compor o subtítulo do presente trabalho. Quer-se aqui com a locução designar demandas em que se pleiteia a proteção jurisdicional de direito transindividual como se fosse direito individual. Particularmente em relação ao tema em estudo, trata-se de situações em que o demandante invoca direito com contornos difusos – ou seja, direito social cuja

⁵⁹⁰ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

satisfação importa necessariamente em política pública diferente da existente (v. subseção 3.2) –, para sua efetivação unicamente em favor dele, postulando, assim, uma política pública personalizada. Cuida-se de evidente distorção não só do direito material que rege os direitos sociais e as políticas públicas correspondentes, como se tem pretendido demonstrar desde a seção 2, como também, por consequência, do direito processual, visto que, em tais casos, concede-se tratamento processual individual a direito cuja tutela adequada só pode dar-se na via coletiva.

A designação foi cunhada por Kazuo Watanabe, em artigo dedicado a tratar de alguns aspectos da relação entre demanda coletiva e demandas individuais, notadamente da “existência de ações pseudoindividuais, ou seja, ações cujo resultado gera necessariamente efeitos sobre a esfera de toda comunidade e que nunca poderiam ser ajuizadas sob forma de ações individuais”.⁵⁹¹

O processualista aponta no artigo ser comum o equívoco forense de admitirem-se demandas que buscam fragmentar um litígio coletivo, o qual, em rigor, refere-se a relação jurídica material de natureza incindível. A tais demandas o autor apõe o adjetivo “pseudoindividuais”. Em tal texto, o exemplo esquadrihado relaciona-se com as milhares de demandas individuais ajuizadas para discussão de tarifas de assinatura telefônica, situação contemporânea ao artigo, publicado em 2006. Defende Kazuo Watanabe a impossibilidade de alteração da regulação estatal acerca de tal matéria exclusivamente em favor do demandante individual, porquanto, tratando-se da concessão de serviço público – de telecomunicações –, a disciplina tarifária deve observar uniformidade de tratamento em relação a todos os usuários do serviço que estejam em igual situação. Qualquer modificação na estrutura tarifária atinge o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido no contrato de concessão, com repercussões diretas não só para a concessionária como também para os usuários. Por isso, toda e qualquer mudança tarifária deve ter lugar de maneira abrangente, com aplicação uniforme a todos os usuários; jamais de modo diversificado e individualizado, excepcionando-se um ou alguns usuários apenas da política tarifária estabelecida. Diante disso, conclui o processualista, demandas com objetivo de modificar a disciplina tarifária assentada pelo ente estatal devem necessariamente seguir a via processual coletiva, de maneira a contemplar a situação dos

⁵⁹¹ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 139, pp. 29-35, set. 2006.

usuários como um todo, uniforme e isonomicamente. Não se podem admitir, em tal campo, demandas individuais.

Ora, parece de todo evidente que esse raciocínio se aplica com ainda maior propriedade e vigor para modificações judiciais de políticas públicas orientadas à materialização de direitos sociais. Como se buscou demonstrar, toda política pública de tal natureza deve ser estruturada e implementada de modo uniforme e isonômico em benefício de todos os cidadãos que estiverem em igual condição, sempre mediante emprego de numerário público limitado – elemento que precisa ser levado em conta no desenho estatal da política. Além de imposição do princípio da igualdade, que está à base dos direitos fundamentais sociais, trata-se de decorrência lógica da própria essência da política pública. Portanto, ela não pode ser modificada – mediante necessária realocação de dinheiro público limitado – de modo singular em benefício do autor de um processo individual, distinguindo-o e excepcionando-o sem critério hábil a tanto, de sorte a criar privilégios ilícitos. Como se espera ter demonstrado ao longo do texto, alterações judiciais em políticas públicas devem contemplar todos os titulares do direito respectivo, razão pela qual a via processual adequada não pode ser senão aquela com eficácia *erga omnes*.

Demandas individuais com tal desiderato não devem ser admitidas porque invocam direito difuso – consoante se intentou demonstrar na subseção 3.2 – como se se cuidasse de direito individual e, com isso, apresentam somente fragmento de um litígio coletivo, de caráter indivisível, litígio cuja solução só pode dar-se adequadamente com abrangência de todos os envolvidos. A solução personalizada de fragmento do litígio de natureza coletiva veiculado em demanda pseudoindividual gera, como exposto, violação ao princípio da igualdade e distorções no orçamento público e na racionalidade da política pública envolvida, bem como subverte os próprios objetivos primordiais da jurisdição, como se procurou mostrar na subseção antecedente. Parece, pois, de todo apropriado para adjetivar tais demandas o termo utilizado por Kazuo Watanabe: trata-se de falsas demandas individuais.

Calha consignar que tais demandas não se confundem com o que Ada Pellegrini Grinover e outros autores chamam de demandas individuais com efeitos coletivos, demandas cujo sucesso tende à tutela não apenas do direito do demandante individual, mas também, reflexamente, do direito da coletividade envolvida.⁵⁹² Exemplo desse tipo de ação pode-se

⁵⁹² Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 125-150.

visualizar em demanda individual ajuizada com base no direito de vizinhança para fazer cessar barulho abusivo produzido em dado estabelecimento (casa noturna, p. ex.), ação que, se alcançar êxito, na prática, acarretará a tutela do direito difuso de toda a vizinhança ao sossego.

Independentemente da discussão acerca da natureza individual ou coletiva do direito invocado em tais ações – discussão que escapa aos objetivos do presente estudo –, é de marcar a profunda diferença entre elas e as demandas pseudoindividuais. Em demandas individuais com efeitos coletivos, por impossibilidade fática, é inviável que a tutela jurisdicional positiva favoreça apenas o autor; necessariamente, por imposição da realidade física, a tutela findará por beneficiar os demais envolvidos. No exemplo da casa noturna, a prestação jurisdicional resolverá o problema do barulho para toda a vizinhança, pois é impraticável cessar o barulho excessivo tão somente em favor do autor individual.

Coisa bem diversa sucede em demandas pseudoindividuais, em que se invoca direito transindividual travestido de direito individual, levando-se a juízo somente um fragmento do litígio coletivo indivisível, não com pedido cuja procedência levará à tutela dos demais lesados – como nas demandas individuais com efeitos coletivos –, senão com pedido voltado exclusivamente à tutela do autor individual, como se isso fosse juridicamente admissível. É o que ocorre no exemplo multicitado da miríade de demandas em busca de prestação de saúde não componente da respectiva política pública, em que se pede prestação jurisdicional que só aproveitará ao demandante, a qual o atenderá de forma individualizada e específica, com o fornecimento de medicamento ou a realização de cirurgia, v.g., particularizando-se, com isso, uma política pública muito mais dispendiosa como privilégio exclusivo do autor individual.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., referindo-se ao artigo ora citado de Kazuo Watanabe sobre ações pseudoindividuais, defendem que a solução por ele alvitrada – no sentido da inadmissão de tais demandas – seria “impensável no Estado Democrático Constitucional, até pela óbvia limitação ao direito de acesso à Justiça”.⁵⁹³ Não parece, todavia, que se trata de solução obviamente impensável, como querem fazer crer os autores com a crítica dirigida à proposta de Watanabe. Ao contrário, parece que o princípio de acesso à justiça, bem compreendido, aponta mesmo para tal solução.

⁵⁹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 4, p. 85.

5.10 ACESSO À JUSTIÇA

Como se viu ao final da subseção precedente, a linha de argumentação até aqui desenvolvida pode provocar objeções ou ao menos dúvidas relacionadas ao acesso à justiça. Afinal, a proposta de que, em princípio, é adequada a via processual coletiva, e não a individual, para alterações em políticas públicas, não conflita com o princípio de acesso à justiça? Os elementos para responder a essa pergunta já foram lançados ao longo do texto até aqui. Nesta subseção, pretende-se encadeá-los e reforçá-los na articulação de uma resposta.

Um primeiro ponto a ser de novo ressaltado é o seguinte: o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que veicula a norma da inafastabilidade, não garante nem impõe, por óbvio, que toda e qualquer demanda deva sempre merecer exame de mérito. Ora, como é cediço, a processualística de há muito exige dados requisitos para que o aforamento de uma ação redunde num julgamento de mérito. Na tradição processual brasileira, incorporada nos Códigos de 1973 e 2015, tais requisitos são, como exposto, os pressupostos processuais e as condições da ação. A inafastabilidade não garante um direito ao exame do mérito de toda demanda ajuizada, mas sim o direito de submeter demanda à apreciação jurisdicional, conforme o devido processo legal, que inclui, pelas razões – inclusive de estatura constitucional – já expostas, a verificação dos pressupostos processuais e condições da ação. Sobre esse ponto, vale transcrever elucidativas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Urge que a comunidade jurídica brasileira se predisponha a uma releitura – atualizada e contextualizada – do contido no inc. XXXV do art. 5.º da CF/1988, o qual até agora tem sido visto como o *topos* de diversos direitos subjetivos e de prestações estatais, tais o direito de ação, a garantia de acesso à Justiça, e até mesmo como a consagração de uma manifestação de cidadania.

[...]

O *direito de ação* não pode estar aninhado no citado dispositivo, pela boa razão de que ali apenas se enuncia que a Justiça estatal está ofertada, genericamente, aos que entendam dela precisar, ao passo que a ação é um direito muito condicionado, afetado a um histórico de dano temido ou sofrido, de tal arte que, se não atendidas as exigências para um juízo positivo de admissibilidade, o Estado-juiz fica desonerado (*rectius*: impedido) de enfrentar e resolver a lide, apenas podendo prolatar decisão meramente processual, dita *terminativa* (CPC, art. 267, IV e VI).

[...]

Tampouco o antes citado dispositivo constitucional significa garantia de decisão de mérito, porque o exame e deslinde do fulcro da demanda se apresenta como um *posterius*, não havendo um engajamento prévio do Estado a esse respeito, a menos que tenha sido atendido o *prius*, a saber, o atendimento às condições da ação (legitimidade ativa e passiva, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido),

e que essa ação se insira numa relação processual existente e válida, com o atendimento aos pressupostos atinentes.⁵⁹⁴

Em escrito posteriormente publicado, acrescenta ainda Rodolfo de Camargo Mancuso:

Não por acaso, optou o constituinte pelo verbo *apreciar*, na redação do inc. XXXV do art. 5.º da CF/1988, justamente para evidenciar que o compromisso do Estado-juiz, num primeiro momento, é o de simplesmente *auscultar* o relato apresentado pela parte ou interessado, sem qualquer engajamento, portanto: (i) com um pronunciamento sobre o mérito da controvérsia, e, nem mesmo (ii) com uma avaliação positiva quanto a ser *fundada* a pretensão.⁵⁹⁵

Chama, ainda, o processualista a atenção para outro aspecto da questão: no Brasil de hoje, o mais grave problema concernente ao acesso à justiça não está tanto na impossibilidade de alguém ingressar com uma ação na Justiça – sem embargo das dificuldades maiores enfrentadas pelos mais pobres e menos instruídos –, mas sim em sair dela com solução tempestiva e adequada. Veja-se:

Aliás, o exame sereno e desapaixonado da questão judiciária brasileira revela que o vero problema não está no franco e desmesurado acesso à Justiça, mas sim no modo e no tempo em que tramitará o processo, e na possibilidade de, ao final, advir uma resposta jurisdicional justa e tecnicamente consistente.⁵⁹⁶

Quanto ao *acesso à Justiça*, para que seja entendido em dimensão realista e aderente à realidade contemporânea, não pode degradar-se numa oferta prodigalizada, generalizada e incondicionada, a projetar nos jurisdicionados – efetivos ou eventuais – uma expectativa exagerada quanto à *solução adjudicada*, a que o Estado não consegue atender; ou, pior, tentando fazê-lo, envereda pela armadilha da justiça de massa, tisonada pela busca obsessiva de *celeridade a qualquer preço*, tudo resultando numa resposta de baixa qualidade, muito aquém daquela que deveria receber o jurisdicionado, revelando-se excessivamente demorada, onerosa, imprevisível e, no tocante aos comandos condenatórios ou prestacionais, pouco eficiente no plano prático.⁵⁹⁷

Como já se procurou atestar, processos coletivos estruturais, em substituição ao sem-número de processos individuais em trâmite para discussão de alterações em políticas públicas, precisariam ser instaurados em número muitíssimo inferior e têm aptidão para dar respostas de muito maior qualidade, em termos de fundamentado atendimento ao direito material e à realidade dos litígios, bem como abrangência, contemplando todos os

⁵⁹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 926, pp. 135-175, dez. 2012. *E-book*, n.p., grifos do autor.

⁵⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas* 1. ed. em *e-book* baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, n.p., grifos do autor.

⁵⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 926, pp. 135-175, dez. 2012. *E-book*, n.p.

⁵⁹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas* 1. ed. em *e-book* baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, n.p., grifos do autor.

destinatários da política em questão que estejam em idêntica situação – o que é da essência das políticas públicas, como igualmente se buscou mostrar.

Além disso, há, como se sabe, vários colegitimados à instauração de processos coletivos, legitimados que dispõem de mecanismos para amplo acesso pelos cidadãos, em especial no caso do Ministério Público e da Defensoria Pública. Quadra repisar ainda que esses legitimados devem ser comunicados por juízo que depare com litígio coletivo para que promovam a devida tutela coletiva (art. 7º da Lei 7.347/1985 e art. 139, X, do CPC), o que, no caso do Ministério Público, colegitimado coletivo notoriamente mais atuante, é um dever fiscalizado por órgãos de revisão interna.

Por outra perspectiva, é de ver que as expressões acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição, nada obstante correlacionarem-se, não guardam sinonímia. Os referentes por elas designados não se confundem, porquanto a ideia de acesso à justiça transcende a de inafastabilidade jurisdicional.

Em famoso opúsculo editado no ano de 1978, resultante de pesquisa de direito comparado denominada *Projeto Florença*, Mauro Cappelletti e Bryant Garth explicam a origem e o desenvolvimento do direito de acesso à justiça. No modelo liberal de Estado, acesso à justiça tinha apenas sentido formal: era o direito de ajuizar demanda perante o Poder Judiciário. Com o modelo social de Estado, todavia, o direito de acesso à justiça passou a ser compreendido de um modo mais amplo, de acesso efetivo ou real, ou seja, considerando-se a realidade e suas circunstâncias, nas quais o acesso à justiça é exercido. Passou, ainda, a ser concebido como um direito fundamental social necessário para assegurar efetividade a todos os direitos previstos na Constituição e nas leis.⁵⁹⁸

Nesse contexto, os autores assim agrupam as circunstâncias da realidade que formavam à época, em vários países, os principais empecilhos ao efetivo exercício do acesso à justiça: a) custos do processo, os quais se mostravam ainda mais elevados, proporcionalmente, em causas de pequeno valor, cujos benefícios possíveis ao autor não compensavam as despesas processuais a serem satisfeitas, conjuntura agravada em razão da pressão exercida pela demora do processo sobre a parte menos aquinhoadada financeiramente; b) situações de desvantagem pessoal, não apenas em termos econômicos como também informacionais: insuficiência de

⁵⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

conhecimentos para compreender a ocorrência de violação a um direito próprio e a conseguinte possibilidade de buscar-se remédio judicial, bem como para saber como proceder em direção ao ajuizamento de uma ação, tudo piorado pelo receio do desconhecido e pela intimidação que o ambiente judiciário impunha a pessoas mais simples; e, por fim, c) obstáculos à proteção de direitos difusos.⁵⁹⁹

A tentativa de contornar tais empecilhos formou em diversos países do Ocidente movimentos reunidos e distribuídos pelos critérios cronológico e qualitativo naquilo que os autores chamaram de *ondas* de acesso à justiça, num total de três: a primeira relacionada à assistência judiciária em favor de pessoas economicamente hipossuficientes, cujo marco inicial foi a instituição do *Office of Economic Opportunity* em 1965 nos Estados Unidos da América; a segunda voltada à proteção jurisdicional dos direitos difusos, em especial o direito ao meio ambiente equilibrado e os direitos do consumidor; e, finalmente, a terceira a congregar várias reformas e medidas vocacionadas à ampliação do acesso à justiça, entre as quais se podem citar estas: conciliação, meios informais e privados de resolução de conflitos, arbitragem, júzos especializados em dadas matérias, procedimentos adaptados às necessidades peculiares a certos casos e pessoas, responsabilidade civil objetiva em algumas hipóteses etc.⁶⁰⁰

Mauro Cappelletti e Bryant Garth – convém sublinhar este ponto – explicam que o conceito do direito de acesso efetivo à justiça não é senão decorrência da “igualdade de todos perante a lei, *igualdade efetiva* – não apenas formal”.⁶⁰¹ Com efeito, da ideia de acesso à justiça, extraem-se dois objetivos primordiais: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir *resultados* que sejam individual e *socialmente justos*”.⁶⁰² Dessarte, é possível afirmar que a compreensão do acesso à justiça não pode ser dissociada da finalidade de viabilizar igualdade real, inclusive no que se refere aos resultados da atuação jurisdicional.

Essa conclusão fica ainda mais clara em se tratando da tutela de direitos sociais mediante modificação em políticas públicas, direitos cujo valor-fonte é a igualdade,

⁵⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁶⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁶⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 165, g.n.

⁶⁰² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8, g.n.

implementados por políticas que só fazem sentido em vista do quadro geral de seus destinatários, consoante já exposto. Portanto, notadamente nesse campo, o princípio de acesso à justiça não deve ser interpretado de maneira a redundar em consequências violadoras do princípio da igualdade – as quais são constatadas no atual cenário de massiva litigância individual relativamente a políticas de saúde e educação públicas, como explanado na seção 2.

Seguindo direção bastante próxima, é útil lembrar também a noção de acesso à justiça proposta por Kazuo Watanabe ao abordar a política judiciária estatuída pela Res. 125 do CNJ de meios alternativos de solução de litígios, a qual em grande medida foi positivada na Lei 13.140/2015 e no CPC de 2015. Para o autor, o conceito de acesso à justiça deve ser atualizado para expressar, sobre a simples garantia de ingressar com ação e obter uma resposta do Poder Judiciário, a ideia de acesso à ordem jurídica justa.⁶⁰³ Essa forma de enxergar o acesso à justiça, transposta para o tratamento processual de litígios cuja resolução vincula-se à necessidade de mudanças em políticas públicas, conduz à conclusão de que o efetivo acesso à ordem jurídica justa aí não pode olvidar a observância do princípio da igualdade e tampouco pode prescindir do manejo das técnicas processuais previstas no ordenamento jurídico que se mostram mais adequadas ao caso. Trata-se de corolário tanto do direito de acesso à ordem jurídica justa quanto do princípio da instrumentalidade do processo: o direito processual, inclusive em sua interpretação, deve servir à adequada efetivação do direito material na realidade fática.

Na mesma linha, vale lembrar mais uma vez as lições de Rodolfo de Camargo Mancuso, que, ao tratar do princípio da inafastabilidade também em abordagem ao tema dos meios alternativos de resolução de conflitos, enfatiza ser necessária uma “releitura atualizada e contextualizada” de tal princípio, “a fim de se preservar sua utilidade e mantê-lo aderente às novas circunstâncias e necessidades da massificada e conflituosa sociedade contemporânea”. “Essa releitura é ainda necessária à vista da notória e crescente crise numérica de processos, que avulta muito além da capacidade instalada da Justiça estatal”.⁶⁰⁴

⁶⁰³ WATANABE, Kazuo. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 241-245.

⁶⁰⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 926, pp. 135-175, dez. 2012. *E-book*, n.p.

Sucedo que, como se buscou mostrar acima – em especial na seção 2 –, o padrão hoje preponderante no Brasil de tratamento jurisdicional dos casos envolvendo modificação em políticas públicas, mediante proliferação massiva de feitos individuais, tem redundado em consequências práticas reveladoras de uma forma assaz desigual de acesso à justiça, assim como em resultados contrários à racionalidade do sistema jurídico no que se refere àquelas políticas. De fato, no campo da saúde pública por exemplo, como resulta do já citado estudo comparativo de Daniel Brinks e Varun Gauri, as pessoas com menor instrução, menos recursos econômicos e, presumivelmente, mais necessitadas dos serviços públicos sanitários não são as ordinariamente contempladas por decisões judiciais provocadas por acesso à justiça exercido individualmente:

Em nossa revisão comparativa, descobrimos que os litígios no Brasil e na Índia, por exemplo, estão concentrados nas áreas urbanas das regiões mais ricas de ambos os países (Gauri e Brinks, 2008: 337). Sem dúvida, é provável que o acesso à justiça em todos os países seja tão desigualmente distribuído quanto os bens e serviços protegidos pelo direito à saúde. Pessoas que não conseguem acessar os serviços médicos mais básicos também são as menos propensas a usar os serviços judiciais. Consequentemente, ao dar mais destaque aos tribunais para desenhar ou monitorar as políticas de saúde, poderíamos piorar a (já precária) distribuição da atenção à saúde.⁶⁰⁵

Numa palavra, pode-se resumir isso nesta figura simplória, mas expressiva de contrastes reais e corriqueiros: o doente grave pobre em rincão do país busca tratamento no posto de saúde ou pequeno hospital da cidade mais próxima com alguns recursos médicos, recebe resposta negativa e volta para casa; já o doente com certa condição financeira e instrução recebe prescrição de seu médico particular para buscar na Justiça tratamento caríssimo de ponta não disponível no SUS. Situações parecidas com esta fazem com que o Poder Judiciário contribua, por meio de uma multidão de decisões individuais dispersas, para aprofundar desigualdades regionais e sociais no país, na contramão dos objetivos constitucionalmente fixados para o Estado brasileiro.

⁶⁰⁵ BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (org.) *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*, n.p, tradução nossa. No original: “En nuestra revisión comparativa nos encontramos con que los litigios en Brasil y la India, por ejemplo, se concentran en las zonas urbanas de las regiones más ricas de ambos países (Gauri y Brinks, 2008: 337). Sin duda es probable que el acceso a la justicia en todos los países esté tan desigualmente distribuido como los bienes y servicios protegidos por el derecho a la salud. Las personas que no logran acceder a los servicios médicos más básicos son también las que tienen menos posibilidades de utilizar los servicios judiciales. En consecuencia, al darle más protagonismo a los tribunales para diseñar o monitorear las políticas de salud podríamos empeorar la (ya mala) distribución de la asistencia sanitaria.”

Não parece, pois, que um modelo de judicialização de políticas públicas – de saúde, educação ou voltadas à concretização de outros direitos fundamentais sociais – com tal perfil atenda aos objetivos buscados com a noção de acesso efetivo à justiça ou acesso à ordem jurídica justa. Esse fenômeno, fruto da já referida “cultura demandista” que marca o atual sistema judicial brasileiro,⁶⁰⁶ talvez possa atender à natural pressão por mais e mais litígios judiciais exercida por centenas de milhares de bacharéis em Direito que concluem anualmente o curso de Direito no país e lançam-se no mercado de trabalho. (Lembre-se, a propósito, que “o número de cursos de graduação em Direito saltou de 235 para 1.203 entre 1995 e 2017”, quantidade com a qual “o Brasil é o país com o maior número de cursos de graduação em Direito no mundo”.⁶⁰⁷ Nesse contexto, “entre 1995 e 2018, o número de vagas abertas anualmente em cursos de graduação em Direito saltou de 55,7 mil para 260,96 mil”.⁶⁰⁸) Não contempla, contudo, como se procurou expor, os valores inspiradores da ideia de acesso à justiça e tampouco os objetivos basilares da jurisdição.

Em adição, impende remarcar a patente inviabilidade de, em todos e cada um dos muitíssimos processos em que o autor pleiteia modificação de política pública em seu único favor, adotarem-se técnicas processuais de maior complexidade adequadas a tais tipos de litígios, como, por exemplo, uma fase prévia ao processo com vistas à resolução negociada e com resultados que observem a isonomia, contraditório ampliado mediante audiências públicas e intervenção de *amici curiae*, assim como motivação judicial com maior profundidade e robustez, enfrentando os vários aspectos que se apresentam em torno da causa e as prováveis consequências de sua solução. É também inviável que em cada um desses processos colham-se dados acerca da estimativa de quantas pessoas estão em igual condição, sobre orçamento público, barreiras técnicas e fáticas à solução do problema etc.

Por essas e outras razões apresentadas ao longo das seções 2, 3 e 4 do desenvolvimento deste trabalho, parece correto afirmar que, para tais litígios, efetivo acesso à ordem jurídica justa só é alcançável pela via do processo coletivo estrutural, porquanto o modelo de litigância individual tem gerado graves distorções e injuridicidades, desestruturando a concretização de

⁶⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 926, pp. 135-175, dez. 2012.

⁶⁰⁷ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS; CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Exame de Ordem em Números*. v. 4. [s.l.: s.n.], 2020, p. 41.

⁶⁰⁸ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS; CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Exame de Ordem em Números*. v. 4. [s.l.: s.n.], 2020, p. 43.

direitos sociais mediante a reformulação personalizada das respectivas políticas públicas, em ofensa sobretudo ao princípio da isonomia.

Além disso, como acentua Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a inafastabilidade, tal qual hoje inscrita no art. 5.º, XXXV, da vigente Constituição ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), apresenta, em comparação com os textos constitucionais pretéritos, novidade digna de nota: o princípio foi enunciado não apenas em sentido individual, mas também em termos de direitos coletivos. De fato, o preceito encontra-se no Capítulo I ("Dos direitos e deveres individuais e coletivos") do Título II ("Dos direitos e garantias fundamentais"). Refere-se, pois, aos direitos individuais e coletivos. Com isso, a inafastabilidade deixa de contemplar somente a tutela individual para também alcançar a coletiva, diferentemente do que se dava nas Constituições de 1946, 1967 e 1969, que a encartavam entre os direitos e garantias individuais e mencionavam expressamente a lesão a direito individual.⁶⁰⁹

E o direito de ação sob a perspectiva do processo coletivo refere-se a "um objeto litigioso de largo espectro, concernente a toda coletividade ou ao menos a um expressivo segmento", como ensina Rodolfo de Camargo Mancuso, que complementa:

na jurisdição singular, podendo (*rectius*: devendo) o juiz coartar a formação de litisconsórcio ativo facultativo muito numeroso (dito multitudinário ou *monstrum*: CPC (LGL\1973\5), parágrafo único do art. 46), aí mesmo está sinalizado que ocorrências envolvendo muitos sujeitos escapam ao âmbito das ações individuais, devendo ser manejadas nos quadrantes da jurisdição coletiva. Justamente porque a sociedade massificada é propícia à formação de conflitos de largo espectro [...].⁶¹⁰

No que se refere especificamente às condições da ação, quadra lembrar a perspectiva de Kazuo Watanabe, marcada pela ideia de efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos, por imposição da garantia fundamental de acesso à justiça, compreendido esse acesso não apenas formalmente, mas em sua maior potencialidade, como acesso à ordem jurídica justa. Nessa linha, sua análise das condições da ação, tal como o fazem José Roberto dos Santos Bedaque e Susana Henriques da Costa, é norteadada pelo inarredável caráter

⁶⁰⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O acesso à justiça e as condições da ação. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 174, pp. 325-338, ago. 2009. Como lembra o autor, o princípio da inafastabilidade passou a figurar expressamente nos textos constitucionais a partir da Carta de 1946. Houve, todavia, como se sabe, fortes solavancos em seu caminho: o Ato Institucional n. 5, em 1968, excluiu da apreciação judicial atos praticados de acordo com o próprio Ato e seus Atos Complementares; e a Emenda Constitucional n. 1, de 1969 – notoriamente considerada por muitos como nova Constituição, e não mera Emenda à Constituição de 1967 – excluiu igualmente atos em geral do Governo Federal, bem como Atos Institucionais e Atos Complementares.

⁶¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 926, pp. 135-175, dez. 2012. *E-book*, n.p.

instrumental do processo. As condições da ação constituem técnica processual voltada à economia processual: são muito úteis a conferir racionalidade à atuação jurisdicional, para abreviar processos inviáveis – evitando, com isso, desperdício – mediante cognição sumária.⁶¹¹

Portanto, uma vez verificada a inadequação da corriqueira litigância individual em sede de alteração de políticas públicas, contraposta à adequação da tutela coletiva estrutural em tal seara, a boa compreensão do princípio do acesso à justiça, sobre não impedir o manejo das condições da ação como parte da solução para o problema enfrentado neste trabalho, parece aconselhá-lo, notadamente à luz da instrumentalidade processual.

⁶¹¹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. É bem conhecida a classificação da cognição nos planos horizontal (extensão ou amplitude) e vertical (profundidade). *Horizontalmente*, a cognição abarca o referido trinômio de questões (pressupostos processuais, condições da ação e questões de mérito), de forma *plena* ou *limitada* (ou parcial). No plano *vertical*, a cognição pode ser *exauriente* (profunda) ou *sumária* (superficial). Fala-se ainda em cognição *rarefeita* na execução (ao menos em sua feição tradicional). As formas de cognição e sua combinação entre si são técnica processual a serviço da instrumentalidade do processo, adaptando o procedimento às necessidades do direito material e do caso concreto (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012).

CONCLUSÃO

Ao término do texto, os resultados alcançados nas seções de seu desenvolvimento podem ser assim sumariamente rearticulados:

1. Mesmo normas constitucionais principiológicas podem emanar verdadeiros direitos subjetivos fundamentais, sociais inclusive, potencialmente dotados de pretensão (exigibilidade) e ação de direito material, direitos, portanto, com justiciabilidade, isto é, passíveis de tutela jurisdicional positiva, mediante julgamento de procedência, sem embargo de que a verificação e o raciocínio necessários à conclusão pela presença de direito a reclamar tutela jurisdicional em tais casos possa apresentar e amiúde apresente complexidade bem mais elevada em cotejo com raciocínio silogístico a amparar a aplicação de uma regra jurídica simples e clara.

2. A satisfação e garantia dos direitos fundamentais em geral, e mais sensivelmente dos direitos sociais, reclamam ordinariamente elaboração e funcionamento de políticas públicas a tanto preordenadas, entendidas como instrumentos de que o Estado se vale para alcançar fins de relevância social. Uma política pública compõe-se de um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização do objetivo determinado.

3. Para tutela jurisdicional de direito fundamental lesado ou ameaçado, pode mostrar-se meio necessário a alteração da respectiva política pública. Trata-se de corolário lógico e natural do modelo constitucionalmente adotado de realização daqueles direitos, assim como da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e da inafastabilidade da jurisdição.

4. E mais, modificação judicial em política pública como meio necessário à proteção de direitos fundamentais, embora deva ter caráter excepcional, justifica-se democraticamente ante a ideia de constitucionalismo, a partir da qual se distinguem, de um lado, poder constituinte, cujo titular é o povo, de que emana a “lei mais alta”, a Constituição, e, de outro, poder ordinário, exercido pelas autoridades governamentais constituídas, as quais editam a “lei comum” (legislação infraconstitucional).

5. Em democracias constitucionais, o poder constituinte guia e limita o poder ordinário, em verdadeira relação de subordinação assegurada por meio do controle de constitucionalidade. Donde se infere que a revisão judicial de atos dos outros Poderes, exercitada nos estritos lindes da juridicidade, reputa-se antimajoritária apenas e tão somente desde uma visão parcial do quadro apontado, isto é, levando-se em conta exclusivamente a lei ordinária; jamais o será,

todavia, se se considerar o quadro completo, porquanto serve justamente a garantir prevalência à lei mais alta, editada pela autoridade superior do povo.

6. Já há algum tempo a compreensão pretoriana, do Supremo Tribunal Federal inclusive, sedimentou-se no sentido da excepcional possibilidade de revisão e mudança de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Para legitimidade desse tipo de atuação judicial, tem-se entendido necessária a constatação de comportamento injustificável por parte dos demais Poderes, inclusive mediante omissão, a deixar ao desabrigo direitos assegurados no texto constitucional.

7. Para tutela de direitos fundamentais, notadamente sociais, que exige, como via necessária, alteração em políticas públicas definidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, tem preponderado no Poder Judiciário brasileiro um padrão de litigância individual de massa, conformado por uma miríade de processos focados, cada um, apenas na situação do demandante. Tais processos tratam majoritariamente de prestações de saúde pública e vagas na educação infantil pública.

8. A mudança de uma política pública, seja em sua sede ordinária, no âmbito do Legislativo ou do Executivo, seja extraordinariamente pelo Judiciário – que se viu obrigado a empregar essa medida como caminho necessário à tutela de direito –, não prescinde, como supedâneo, do conhecimento de certo quadro fático cuja composição requer dados técnicos de amplitude municipal, estadual e, às vezes, até nacional. Para boas decisões de alocação e desalocação de recursos públicos limitados, é muitas vezes necessário saber o valor total desses recursos, em que áreas estão sendo empregados, quais são as previsões a respeito no orçamento público, quais são as necessidades e demandas sociais, entre muitas outras coisas.

9. Litígios com feições assim, para serem adequadamente enfrentados, impõem abordagem bastante diferente da usualmente encontrada em processos judiciais tradicionais, concebidos para resolver apenas a situação das partes da relação processual. A necessidade de mudança em política pública enquanto meio de proteção a direito oferece complexidade impositiva de aproximação muito mais própria tradicionalmente às atividades legislativa e administrativa, focadas em problemas em nível macro, cujo exame e solução devem ser empreendidos de maneira holística, contemplando as várias peculiaridades, aspectos e implicações não só do problema em si, como também da solução pensada e suas interações com problemas circunvizinhos.

10. Apesar das apontadas justiciabilidade e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, os recursos públicos existentes seguem limitados e, portanto, implicam realização de escolhas em sua alocação para concretização de direitos. Daí a noção de reserva do possível, usualmente decomposta em três dimensões ou camadas: 1ª, existência material de dinheiro nos cofres públicos (= possibilidade fática da prestação pedida); 2ª, despesa com previsão na lei orçamentária, combinada com competência da entidade federada demandada para sua realização (= possibilidade jurídica da prestação); e 3ª, razoabilidade da pretensão apresentada pelo cidadão em face do Estado. A primeira das três dimensões é a que oferece dificuldade maior: a carência material de dinheiro público pode constituir limite real insuperável à ampliação da política pública para concretização do direito em discussão.

11. O ônus probatório da afirmação da reserva do possível cabe à Fazenda Pública, porquanto: (i) para isso aponta a norma constitucional que preconiza aplicabilidade imediata em favor dos direitos fundamentais; (ii) trata-se de fato impeditivo do direito invocado, cuja prova, pois, incumbe ao ente público réu que o alegou; e (iii) é evidente que a prova de insuficiência de recursos públicos para atendimento da prestação pedida é muitíssimo mais simples e fácil para o ente público que fez tal alegação, em comparação com a prova contrária, pelo autor, de que existem recursos suficientes a tanto, pois é aquele, o ente público réu, que tem ao seu alcance os dados a respeito. Se, porém, a demanda tem por objeto prestação contida na noção de mínimo existencial, os ônus de argumentação e prova recrudescem-se, passando a abarcar o convencimento e a demonstração de que o dinheiro público tem sido gasto pelo ente réu com prestações de idêntica ou superior estatura constitucional.

12. A reserva do possível deve ser averiguada em perspectiva global, ante a viabilidade ou não de universalização da prestação estatal pleiteada, é dizer, pela possibilidade ou não de o Estado disponibilizá-la a todos que dela carecem em igual condição. A análise da (in)suficiência de recursos públicos não deve ocorrer obviamente sobre o custo representado apenas pela prestação a ser concedida ao autor da ação, pois é claro que para uma só pessoa o orçamento dos entes públicos terá sempre folga para sustentar o melhor do estado arte em todas as áreas.

13. A indiscriminada e massiva judicialização atomizada de conflitos em que se discute a satisfação de direitos sociais por intermédio de modificação da respectiva política pública exclusivamente em favor do autor da demanda individual, de modo paradoxal, colide frontalmente com o valor basilar de tais direitos, a igualdade. No caso da saúde, p. ex., em milhares de processos, o Poder Judiciário tem determinado ao ente público réu, muitas vezes

em decisão liminar de tutela provisória satisfativa, o desempenho de determinada prestação sanitária em favor do demandante individual a qual jamais seria passível de universalização, ou seja, que não poderia, por falta de dinheiro bastante, beneficiar os demais cidadãos com o mesmo quadro clínico do autor.

14. A modificação de política pública judicialmente em benefício unicamente do autor da demanda ofende o princípio da igualdade, pois o demandante é discriminado beneficentemente em comparação com outras pessoas em mesma situação frente à política pública sem que tal distinção possa justificar-se por critérios racionais extraídos do referido princípio. Essa ofensa é reforçada ante a constatação de que pessoas mais pobres e com menos instrução – usualmente mais necessitadas das prestações objeto de direitos sociais – costumam encontrar maiores dificuldades e obstáculos, às vezes intransponíveis, ao exercício individual do acesso à justiça.

15. Uma política pública engendrada para a promoção de dado direito social deve, por definição, ser isonômica, uma vez que, com aquela, o Estado estabelece um programa de ação, constituído por um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um fim de relevância social, a satisfação de um direito social. Tal política pública só tem sentido ou só tem razão de existir juridicamente se buscar contemplar todos os que fazem jus ao direito visado por encontrarem-se na mesma condição no que se refere ao suporte fático da norma respectiva.

16. Modificar política pública para atender e colocar em posição mais vantajosa tão somente um demandante individual – por exemplo, concedendo-lhe medicamento de ponta não contemplado na política de saúde – conduz à sua singularização sob tal tratamento favorecido, não dispensado às outras pessoas em igual situação no que se refere às normas que disciplinam o direito social e a política pública em discussão no caso concreto. Esse autor individual passa a ser beneficiário concreto e específico, com exclusividade, de política pública personalizada judicialmente em seu favor, ordinariamente muito mais custosa que a definida geral e abstratamente para o restante da população em situação análoga.

17. Inexiste ordinariamente traço distintivo na situação concreta do demandante individual a justificar racionalmente tal tratamento diverso. Diferença mesmo, no mais das vezes, há apenas esta: aquele aforou ação judicial; outros, não. Não se cuida, por óbvio, de critério de diferenciação apropriado ante a exigência imposta pelo princípio da isonomia de correção lógica (ou adequação racional) para dispensa de tratamento estatal mais vantajoso. Ademais, esse tratamento favorecido exclusivamente ao demandante do processo individual,

ao qual se privilegiou com prestação estatal não universalizável frente à insuficiência de recursos para tanto – privilégio esse mais alcançado normalmente por quem possui superiores condições financeiras e informacionais em ordem a lograr exercer individualmente acesso à justiça –, contraria o art. 3º da Constituição, que estabelece os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, entre os quais estão o de reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.

18. Além de ofensa à isonomia, resultam das alterações em políticas públicas mediante o modelo de desenfreada proliferação de processo individuais outras consequências nefastas, tais como: desorganização do orçamento público em razão da falta de visão de conjunto; insuficiência da cognição e da fundamentação judicial, focadas apenas no problema do autor; e olvido dos impactos sobre outros interesses envolvidos.

19. Direitos sociais para cuja satisfação não se pode prescindir da modificação de uma política pública são transindividuais, especificamente difusos, cujos titulares são indivíduos indeterminados – que, assim, devem ser coletivamente considerados – e cujo objeto (prestação) só pode juridicamente ser satisfeito em favor de todos. Um mesmo direito social normativamente previsto – como o direito à saúde pública, o direito à educação infantil pública etc. – pode, nos casos concretos levados a juízo, assumir, alternativamente, feição individual ou transindividual, o que se define pela presença ou não em cada caso da necessidade de modificação da correspondente política pública.

20. É contrassenso alterar política pública – por essência vocacionada ao atendimento uniforme da população toda ou de dado segmento seu – em benefício exclusivo de um indivíduo, realocando apenas em seu favor dinheiro público limitado. A criação ou modificação de política pública deve alcançar as pessoas em geral que tenham o direito que a política objetiva realizar, porquanto esta é, por definição mesmo, endereçada de modo indistinto a todo e qualquer cidadão que esteja ou venha a estar em dada situação. Se o direito social alegado só pode ser satisfeito com modificação da política governamentalmente delineada, esse direito assume traços característicos de um direito difuso: indeterminação de seus múltiplos titulares e objeto indivisível, o qual só pode ser satisfeito, de acordo com o direito, em benefício de todos.

21. De fato, políticas públicas voltadas à concretização de direitos sociais direcionam-se, por definição, a beneficiários indeterminados atuais e futuros, ou seja, à coletividade em geral ou a segmentos sociais compostos por todos aqueles que se encontrem ou venham a encontrar-se em situação concreta correspondente à hipótese normativamente prevista para a

realização da prestação objeto do direito. Portanto, cuida-se de direito com titularidade múltipla e indeterminada. Além disso, o objeto de tal direito é indivisível, não em termos de possibilidade física ou fática, mas por imposição jurídica: as políticas públicas são concebidas juridicamente de maneira a conferirem tratamento isonômico, ou seja, para contemplarem igualmente todos aqueles que se enquadrarem nas hipóteses previstas no arcabouço normativo de cada política.

22. Logo, o objeto do direito nesses casos está impregnado, por assim dizer, de indivisibilidade jurídica. Não se trata de indivisibilidade fática, isto é, imposta pelo mundo físico, de tal modo que seja impossível fisicamente satisfazer o direito alegado senão para todos os seus titulares e, da mesma sorte, só se possa violá-lo contra todos. Antes, cuida-se de indivisibilidade imposta pelo ordenamento jurídico, decorrente da lógica ou racionalidade por este estabelecida para as políticas públicas concretizadoras de direitos sociais. Quer dizer, não é juridicamente admissível ou sustentável o estabelecimento de dada política pública geral em favor dos titulares de dado direito social concomitantemente à implantação de política pública particularizada e superior em benefício de um ou poucos titulares do mesmo direito que estejam em idêntica condição comparativamente com os demais, preteridos. Isso feriria de morte a racionalidade jurídica dessas políticas públicas, primordialmente no tocante à necessária observância de tratamento isonômico.

23. Tais litígios são, portanto, coletivos e devem ser tratados na via processual coletiva, em que a modificação de determinada política pública para remediar ofensa a direito tende a dar-se em benefício de todos os seus titulares. Com o julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário n. 1.101.937, em abril de 2021, não há mais dúvidas acerca da aptidão do provimento jurisdicional coletivo para dar solução ampla e uniforme ao litígio. A Corte reputou inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/85 (que trata da ação civil pública) dada pela Lei 9.494/1997, que, em fraseado muitíssimo criticado doutrinariamente, buscava limitar os efeitos do provimento coletivo aos limites da circunscrição territorial do órgão prolator.

24. Não raro, conflitos cuja solução necessita de alteração numa política pública revelam feição não só coletivo mas também estrutural, pois sua solução adequada implica complexas e às vezes demoradas reformas estruturais de instituições ou organizações como forma de sanar situação violadora de direitos reconhecidos. Tais conflitos consistem em litígios coletivos estruturais. Processos coletivos estruturais, por sua vez, são os que tratam de tais litígios e idealmente dispõem de técnicas adequadas a tal tarefa.

25. Constitui característica encontrada em litígios estruturais a policentricidade. Problemas complexos normalmente são policêntricos: compõem-se não apenas de um problema a ser resolvido, mas também de centros secundários de problemas, todos mutuamente relacionados, de tal maneira que a solução de um influencia nalguma medida a solução dos demais, assim como é por esta influenciada. Dada essa interdependência, problemas policêntricos só podem ser satisfatoriamente analisados e resolvidos globalmente.

26. A policentricidade pode ser jurídica ou extrajurídica. A primeira mostra-se nos conflitos em que há centros diversos de interesses juridicamente contemplados e que, por isso, merecem proteção judicial. A policentricidade extrajurídica, por outro lado, tem lugar em conflitos nos quais os interesses em interação não encontram proteção jurídica. É traço recorrente nos litígios que envolvem busca por modificação em políticas públicas no cotidiano judicial brasileiro a policentricidade jurídica, pois neles é possível identificar com clareza ao menos os seguintes centros de interesses: o retratado na demanda – mesmo que fragmentariamente, em casos individuais –, na qual se invoca dado direito; e aqueles apresentados pelo Poder Público réu, no contexto da alegação da reserva do possível, mediante afirmação de que outros direitos há, tão ou mais importantes que o invocado na petição inicial, dignos de proteção jurídica e concretização dependente de recursos escassos.

27. Tais litígios oferecem dificuldades e complexidade consideráveis. Uma das maiores dificuldades decorre de que, não raramente, a resolução do litígio envolve componentes jurídicos e extrajurídicos. É comum que, a despeito de o julgamento de procedência fundamentar-se em elementos jurídicos – isto é, no reconhecimento de lesão ou ameaça a direito –, o modo de cumprir o comando do julgamento apresente grande complexidade e implique a tomada de uma série de outras decisões sem claras balizas jurídicas. Para tais decisões, não balizadas com clareza pelo direito, exsurge o problema da carência de legitimidade e controle democrático-eleitorais do Poder Judiciário, cujos membros não passam pelo escrutínio das urnas. Sem norte jurídico, é à primeira vista bastante questionável a legitimidade do órgão jurisdicional para substituir pela sua a decisão de mandatários públicos.

28. Principalmente em razão disso, recomenda-se a busca por formas negociadas de efetivação da decisão judicial. Assim, uma vez constatada a injuridicidade a ser sanada, é importante que as partes sejam instadas a propor soluções, de maneira que uma das propostas ou mesmo uma mescla ou variação delas seja aceita negociadamente. Se soluções reputadas razoáveis forem propostas, mas nenhuma alcançar aceitação consensual pelas partes, a saída

pode ser encontrada por meio de determinação do juízo para que o Poder Público demandado opte com discricionariedade por uma delas.

29. A razão que sustenta a legitimidade da atuação jurisdicional em tais casos é evidente: é necessário proteger e fazer valer a Constituição, cujas normas, não fosse assim, poderiam ser irremediavelmente violadas. É apenas em tal excepcional hipótese, a qual precisa ser bem demonstrada e fundamentada no processo, que a atuação do Poder Judiciário com referidos contornos legitima-se. Donde a importância não só de cognição e argumentação robusta e minuciosa a sustentar as decisões tomadas em processos estruturais, como também da adoção de técnicas ampliadoras do debate processual, permitindo-se a participação representativa de grupos e interesses envolvidos, assim como de especialistas no tema.

30. Para obtenção de informações necessárias, podem ser úteis a intervenção de *amici curiae* e a organização de audiências públicas – bem dirigidas, é preciso observar, com objetivos e prazos claros etc. –, permitindo-se, assim, que técnicos e especialistas no tema discutido, assim como cidadãos que sofrem e sofrerão impactos oriundos do problema e de suas possíveis soluções possam ofertar contribuições. Dar ensejo a que representantes de interesses envolvidos tenham alguma participação na resolução judicial do litígio, para além de ajudar na compreensão do conflito, tende a contribuir, ainda, como dito, para incrementar a legitimidade da solução adotada.

31. A *injunction* tornou-se técnica processual corrente em processos estruturais nos Estados Unidos. Cuida-se de ordens endereçadas ao Poder Público réu para que pratique ou omita dada conduta, algumas vezes com abordagem prospectiva, isto é, voltada a evitar ilícito futuro, sua repetição ou, ainda, continuação. Nas decisões em que emitidas essas ordens, normalmente não se antecipam de forma analítica todas as atividades que o réu deve realizar em satisfação do direito tutelado. Como regra, delimita-se somente o resultado a ser obtido, para que o ente público réu possa escolher, com discricionariedade, os meios para tanto. O Poder Judiciário, então, passa a acompanhar e fiscalizar as atividades levadas a efeito pelo réu e os resultados respectivos. Com isso, a fase executiva de processos estruturais tende a ser bem mais complexa que a dos processos tradicionais, pois não se trata apenas de dar cumprimento a uma decisão detalhada, mas também de determinar novas medidas e, às vezes, alterar o modo de cumprimento da decisão.

32. Um primeiro comando estrutural menos detalhado pode mostrar-se mais adequado em casos envoltos em grande controvérsia política ou altamente complexos, permitindo ao Poder Público réu definir discricionariamente o modo de implementar o fim definido judicialmente, assim como ensejando ao juízo, no acompanhamento dessa atividade, aprender mais sobre a situação e suas peculiaridades técnicas, de sorte a estar apto a, caso isto se mostre necessário, detalhar mais num passo subsequente as medidas executivas apropriadas.

33. A conformação normativa dos provimentos mandamentais e executivos atende às necessidades comumente presentes para tomada de decisões e sua efetivação em litígios estruturais. Em primeiro lugar, a primazia da tutela específica (ou pelo resultado prático equivalente) de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, estabelecida no regramento dos referidos provimentos, mostra-se de todo adequada ao trato de litígios estruturais, cuja resolução, a reclamar uma reestruturação institucional, não pode dar-se a contento mediante conversão em perdas e danos. Some-se a isso a previsão normativa de tutela específica contra um ilícito, inclusive inibitória e de remoção do ilícito, independentemente de dano, dolo ou culpa, elementos muitas vezes irrelevantes em litígios estruturais, causados por injuridicidade a ser sanada mediante um rearranjo da instituição envolvida, sem fixação de responsabilidade indenizatória.

34. Por sua vez, a possibilidade de emissão de ordens, que caracterizam os provimentos mandamentais, é outra técnica bastante oportuna em processos estruturais, tanto na sentença quanto em decisões a ela anteriores ou posteriores. Trata-se, no particular, de aproximação entre o direito brasileiro e os ordenamentos jurídicos da *common law*, em que tradicionalmente se confere ao juiz poder para emitir ordens, as *injunctions*.

35. Merece ênfase também a atipicidade das medidas coercitivas ou sub-rogatórias determináveis em provimentos executivos, com base no § 5º do art. 84 do CDC e nos arts. 139, IV, 536, *caput* e § 1º, e 538, § 3º, do CPC. Esses preceptivos dispõem sobre a possibilidade de adoção das “medidas necessárias” (arroladas de forma exemplificativa) à efetivação da tutela de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, seja em sentença, seja em decisões interlocutórias nas fases de conhecimento e execução. A escolha das medidas adequadas é balizada pelos princípios do meio mais idôneo (ou da máxima efetividade) e da menor onerosidade (ou da menor restrição possível) e deve ser amplamente fundamentada.

36. A possibilidade de emissão de ordens e a atipicidade das medidas executivas constituem técnicas decisórias e de efetivação ajustadas às necessidades dos litígios estruturais. Pode-se, por exemplo, adotar um primeiro comando pouco detalhado por meio de sentença mandamental, com ordem para que se apresente nos autos, em dado prazo, plano para rearranjo de certa política pública, de molde a cessar lesão ao direito reconhecido. Essa mesma determinação pode dar-se desde logo mediante fixação de medidas executivas (de coerção ou sub-rogação) – em sentença executiva, portanto. Em ambas as hipóteses, podem-se determinar, na fase executiva, novas medidas, inclusive com alteração ou em substituição às fixadas na sentença. Caso se tenha optado por uma sentença mais aberta, pode-se na fase executiva proferir novas decisões mais específicas com a determinação das medidas necessárias. E várias medidas atípicas podem ser adotadas, como, por exemplo, a divisão da execução em etapas ou a nomeação de *special master*.

37. De outra parte, a mitigação do princípio da congruência levada a efeito pela disciplina legal dos provimentos mandamentais e executivos permite ao juiz decidir sobre os meios adequados e a providência mais apropriada à tutela do direito reconhecido, em vista do estágio atual do litígio, de acordo com o princípio da proporcionalidade e mediante robusta fundamentação. No que se refere, ainda, à mutabilidade dos litígios estruturais no tempo – em razão de alterações fáticas, de aspirações sociais, avanços científicos e tecnológicas etc. – e possíveis dificuldades processuais de adaptação a tais mudanças em razão das regras sobre coisa julgada, tal disciplina legal resolve também, em boa medida, o problema, pois no cumprimento desses provimentos podem ser acrescidas, suprimidas ou alteradas medidas executivas, coercitivas ou sub-rogatórias, inclusive com a emissão de novas ordens, com vistas à efetivação do comando do provimento principal, sem que isso implique ofensa alguma à coisa julgada.

38. A solução do problema da inadequação do padrão de litigância individual, em contraste com a adequação do processo coletivo estrutural, para tratamento jurisdicional de litígios envolvendo modificação em políticas públicas, sob a perspectiva do princípio da instrumentalidade processual, pode receber importante contribuição do velho instituto das condições da ação.

39. As condições da ação – requisitos do regular exercício do direito da ação, para que se admita análise do mérito – constituem técnica processual inspirada na instrumentalidade e na economia processual, cujo objetivo é impedir, já em seu início, o prosseguimento de processos inúteis ou cujos resultados, é possível claramente antever, serão contrários ao direito,

evitando-se com isso desperdício de tempo, energia e recursos das partes e do Estado. Elas servem, portanto, a conferir maior racionalidade à atuação jurisdicional. Para tal objetivo, a teoria da asserção (ou da *prospettazione*) – segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas em cognição sumária, tão somente a partir da narrativa e dos documentos apresentados pelo autor com a petição inicial – mostra-se bastante adequada, afora dar clareza à distinção entre condições da ação e questões de mérito.

40. A identificação da espécie de direito coletivo em sentido amplo a ser objeto de tutela depende da análise do pedido e da causa de pedir da demanda ajuizada. A partir desse exame caso a caso, é possível identificar demandas pseudoindividuais em matéria de alteração de políticas públicas, isto é, demandas que invocam direito difuso como se fosse individual, apresentando somente fragmento de um litígio coletivo, cuja solução juridicamente admissível só pode ser indivisível, alcançando com isonomia todos os envolvidos.

41. Como explicado, o direito à alteração de dada política pública tem natureza difusa: (i) sua titularidade é múltipla e indeterminada, pois deve abarcar todos os cidadãos atual e potencialmente beneficiários da política; e (ii) seu objeto é indivisível juridicamente: ofende o direito privilegiar apenas um ou alguns dos beneficiários com determinada singularização da política, mediante maior dispêndio de recursos públicos limitados, apenas em seu favor, olvidando-se os demais beneficiários. Portanto, demanda cuja causa de pedir invoque certo direito social para cuja satisfação seja preciso modificar a respectiva política pública assume nítidos contornos coletivos. Direito assim afirmado na petição inicial tem índole difusa e só pode ser adequadamente tutelado pela via processual coletiva. Há, pois, ilegitimidade ativa para a causa em demandas individuais nesses casos.

42. Além disso, ante a inadequação do modelo de litigância individual para alterações de políticas públicas, considerada a impossibilidade de prestação jurisdicional satisfatória por meio desta via processual – o que só pode ser aferido caso a caso, em face da narrativa extraída da petição inicial e dos documentos que a acompanham –, parece claro que o processo aí não tem utilidade, pois não atende aos objetivos primordiais da jurisdição: (i) não tende a realizar o direito objetivo; ao contrário, tende a ofender o princípio da igualdade, a racionalidade do orçamento público e a essência do desenho normativo das políticas públicas, vocacionadas que são ao atendimento da coletividade; (ii) nem se volta à pacificação do conflito, o qual, dada sua feição coletiva, foi apanhado apenas numa pequena porção, deixando-se ao desabrigo todos os demais envolvidos, já que a tutela jurisdicional, se positiva, criará

privilégio injustificável apenas em favor do demandante individual; e *(iii)* tampouco tutela os direitos subjetivos fundamentais insatisfeitos; antes, cria-se privilégio em benefício do autor da ação individual, customizando-se a política pública apenas para ele e olvidando-se todos os demais cidadãos em idêntica situação.

43. Demandas assim carecem, pois, de interesse de agir. Impende rememorar, a propósito, que o interesse processual em sua vertente utilidade deve ser compreendido não exclusivamente sob a ótica do autor, mas igualmente sob a perspectiva pública, isto é, o processo deve ser útil também em termos de alcance dos reportados fins da jurisdição.

44. Ademais, tais demandas individuais carecem de interesse de agir também em sua vertente adequação. Nem o nome atribuído à ação, nem os fundamentos legais apresentados na inicial e tampouco erros de procedimento corrigíveis devem conduzir à conclusão pela inadequação da via eleita. Para a adequação de que se cuida, é preciso considerar em cada caso apenas se o pedido formulado é apto, em tese, a levar à resolução do problema apresentado na petição inicial, bem como se o procedimento (ainda que após possíveis correções) é também idôneo a conduzir a tal resolução. Também sob essa perspectiva, então, a indicada impossibilidade (de solução adequada para o caso apresentado na via processual individual) leva à carência de ação por ausência de interesse de agir.

45. O adjetivo “pseudoindividuais” parece apropriado para qualificar tais demandas, em que se invoca direito difuso travestido de direito individual, levando-se a juízo somente um fragmento do litígio coletivo indivisível, não com pedido cuja procedência levará à tutela dos demais lesados – como sucede nas demandas individuais com efeitos coletivos –, senão com pedido voltado exclusivamente à tutela do autor individual, como se isso fosse juridicamente admissível, isto é, como se o direito pudesse admitir a personalização de uma política pública muito mais dispendiosa como privilégio exclusivo do autor individual, somente porque ele, e não outros, ajuizou ação.

46. A solução apresentada harmoniza-se com o acesso à justiça. Em primeiro lugar, porque o art. 5º, XXXV, da Constituição, que veicula a norma da inafastabilidade, não garante nem impõe, por óbvio, que toda e qualquer demanda deva sempre merecer exame de mérito. A processualística de há muito exige dados requisitos para que o aforamento de uma ação redunde num julgamento de mérito. Na tradição processual brasileira, incorporada nos Códigos de 1973 e 2015, tais requisitos são os pressupostos processuais e as condições da

ação. A inafastabilidade não garante um direito ao exame do mérito de toda demanda ajuizada, mas sim o direito de submeter demanda à apreciação jurisdicional, conforme o devido processo legal, que inclui, por razões de estatura constitucional inclusive, como os princípios da eficiência e da razoável duração do processo, a verificação das condições da ação.

47. O conceito do direito de acesso efetivo à justiça correlaciona-se estreitamente com a ideia de igualdade efetiva – e não apenas formal – de todos perante a lei, preconizando, em primeiro lugar, que o sistema de justiça deve ser igualmente acessível a todos, e, em segundo, que ele deve produzir resultados individual e socialmente justos. Essa conclusão fica ainda mais clara em se tratando da tutela de direitos sociais mediante modificação em políticas públicas, direitos cujo valor-fonte é a igualdade, implementados por políticas que só fazem sentido em vista do quadro geral de seus destinatários. Portanto, notadamente nesse campo, o princípio de acesso à justiça não deve ser interpretado de maneira a redundar em consequências violadoras do princípio da igualdade.

48. Essa forma de enxergar o acesso à justiça, no que concerne ao tratamento processual de litígios cuja resolução vincula-se à necessidade de mudanças em políticas públicas, conduz à conclusão de que o efetivo acesso à ordem jurídica justa aí não pode olvidar a observância do princípio da igualdade e tampouco pode prescindir do manejo das técnicas processuais previstas no ordenamento jurídico que se mostram mais adequadas ao direito material discutido e à realidade do caso vertente. Trata-se de corolário tanto do direito de acesso à ordem jurídica justa quanto do princípio da instrumentalidade do processo: o direito processual, inclusive em sua interpretação, deve servir à adequada efetivação do direito material na realidade fática.

49. Se o padrão de desenfreada litigância individual em tal seara, a desembocar numa multidão de decisões individuais dispersas, calcadas em cognição e fundamentação insuficientes, tem redundado em resultados que contribuem para desorganização do orçamento público, irracionalidade das políticas públicas e aprofundamento das desigualdades regionais e sociais no país, na contramão dos objetivos constitucionalmente fixados para o Estado brasileiro, não parece que se está a atender aos fins almejados com a noção de acesso efetivo à justiça ou acesso à ordem jurídica justa. Diante do exposto, o acesso coletivo à justiça nesse campo, pela via do processo estrutural, afigura-se caminho necessário à prestação de tutela jurisdicional adequada.

REFERÊNCIAS

- ADLER, Mortimer J.; DOREN, Charles Van. *Como ler livros: o guia clássico para a leitura inteligente*. Tradução de Edward H. Wolff e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ALVIM, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003
- ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. I.
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. A ação e as condições da ação no processo civil contemporâneo. In: Zufelato, Camilo; Yarshell, Flávio Luiz (coord.). *40 anos de teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Recife, n. 3, pp. 261-276, 2010.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 225, pp. 389-410, nov. 2013.
- 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, pp. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2019.
- ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros no processo político. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 46, pp. 121-155, jan.-jun. 2015.
- ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ATTARDI, Aldo. *L'interesse ad agire*. Padova: Cedam, 1955.
- AURELLI, Arlete Inês. Função social da jurisdição e do processo. In: Zufelato, Camilo; Yarshell, Flávio Luiz (coord.). *40 anos de teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

AURELLI, Arlete Inês. Juízo de admissibilidade. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.); BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord. de tomo). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/207/edicao-1/juizo-de-admissibilidade>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

AURELLI, Arlete Inês. Análise crítica sobre o cabimento da teoria da asserção no sistema processual do CPC/15 e o possível equívoco do entendimento do STJ. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 330, pp. 17-42, ago. 2022.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei n. 5.869, 11 de janeiro de 1973. 14. ed. rev. e atual. por Bernardo Pimentel Souza. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2010. v. 1.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 34, pp. 11-43, 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 25/4/2024.

BASTOS, Antonio Adonias A.; TOMAZETTE, Marlon; GOMES Tadeu Alves Sena. A recuperação judicial como processo estrutural. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 330, pp. 263-292, ago. 2022

BATISTA, Felipe Vieira. A recuperação Judicial como processo coletivo. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/handle/ri/25064>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BAUERMAN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 156, pp. 48-66, out./dez. 1991.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, publicado em DJ 4/5/2004, p. 12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072153&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 2 jul. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5.139/2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ n. 107, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Ministério da Saúde alerta sobre custos da judicialização, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85915-ministerio-da-saude-alerta-sobre-custos-da-judicializacao>>. Acesso em: 4 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Saúde vai disponibilizar software para controlar ações judiciais em saúde, 2017. Disponível em: <<http://datasus.saude.gov.br/noticias/atualizacoes/1105-ministerio-da-saude-vai-disponibilizar-software-para-controlar-acoes-judiciais-em-saude>>. Acesso em 4 abr. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4441/2020. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261966&fichaAmigavel=nao>>. Acesso em: 20 mai. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4778/2020. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2263651&fichaAmigavel=nao>>. Acesso em: 20 mai. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1641/2021. Disciplina a ação civil pública. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2279806&fichaAmigavel=nao>>. Acesso em: 20 mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1101937, Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 08/04/2021, publicado em DJe-113 em 14/06/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=1101937&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em 15 nov. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Boletim Administrativo do Senado Federal*: número 9244: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 12 abr. 2024. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/transparencia/gestgov/basf.asp>>. Acesso em 25 mai. 2024.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (org.) *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo, Pólis, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

- BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus curiae e evolução do direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 105-129.
- BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964.
- BUZAID, Alfredo. Do despacho saneador. *Revista de Direito Processual Civil*, Saraiva, São Paulo v. 1, n. 1, pp. 45-58, jan.-jun. 1960.
- CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 117, pp. 9-41, set.-out. 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria "condição da ação"? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 197, pp. 261-269, jul. 2011.
- CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 192, pp. 13-45, fev. 2011.
- CANELA JR., Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 225-236.
- CAPPELLETTI, Mauro. Vindicating the public interest through the courts: a comparativist’s contribution. *Buffalo Law Review*, v. 25, n. 3, pp. 643-690, jan. 1976. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol25/iss3/2>>. Acesso em: 25 abr. 2024.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo (Lei 7.347, de 24/7/85)*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- CIPRO NETO, Pasquale. "Reformas estruturantes". Folha de São Paulo, São Paulo, 31 ago. 2006. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200605.htm>>. Acesso em 25 abr. 2024.
- CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, pp. 1281-1316, mai. 1976.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000. v. I.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 35, n. 138, pp. 39-48, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/364>>. Acesso em: 24 abr. 2024.
- COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo, *Revista de Processo*, RT, São Paulo, v. 212, pp. 25-56, out. 2012.
- COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370.
- COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no Município de São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 449-473.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 198, pp. 227-236, ago. 2011
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIDIER JR., Fredie. Um réquiem às condições da ação: estudo analítico sobre a existência do instituto. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2918>>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria "condição da ação"? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 197, pp. 256-260, jul. 2011.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 4.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 339-354.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III.
- EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, pp. 465-517, jan. 1980. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/698>>. Acesso em: 25 abr. 2024.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 58, pp. 7-32, abr.-jun. 1990.

- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O interesse de agir como pressuposto processual. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, pp. 164 - 195, jan.-abr. 2018.
- FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 157-177.
- FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as deliberative institutions: towards na institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). *Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*. Amsterdã: Springer, 2003.
- FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, vol. 82, 2004, pp. 1671-1704.
- FERNANDES, Geraldo Og Nicéas Marques (coord. geral); MARQUES, Mauro Campbell (coord. cient.). *III Jornada de Direito Processual Civil: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários: 2023. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil>>. Acesso em: 16 mai. 2024.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.
- FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1-58, nov. 1979. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220/>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- FISS, Owen. Fazendo da constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 773-798.
- FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697, mar. 1982. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol91/iss4/1>>. Acesso em: 25 abr. 2024.
- FREIRE, André Luiz. Direito público e direito privado. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/ver-bete/133/edicao-1/direito-publico-e-direito-privado>>. Acesso em 29 abr. 2023.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS; CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Exame de Ordem em Números*. v. 4. [s.l.: s.n.], 2020, Disponível em: <https://conhecimento.fgv.br/sites/default/files/2022-08/publicacoes/oab_emnumeros.pdf>. Acesso em 24 jul. 2023.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- GARRETT, Brandon L. Structural Reform Prosecution. *Virginia Law Review*, v. 93, pp. 853-957, 2007.
- GIANNINI, Leandro J. Litígio estrutural y control judicial de políticas públicas: lograr el equilibrio sin destruir la balanza. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 147-156.
- GIDI, Antonio. A dimensão política do direito de ação. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 60, pp. 196-207, out.-dez. 1990.
- GOMES, Fábio. *Carência de ação*: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito, USP*, São Paulo, v. 81, pp. 98-102, 1986. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67069>>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 125-150.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A coletivização de ações individuais após o veto. Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2015. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=1_33&shop_detail=110>. Acesso em: 25 abr. 2024.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência de ação. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.
- HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). In: GARGARELLA, Roberto (org.) *Por una justicia dialógica*: el Poder Judicial como promotor de la liberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999.
- JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes*: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.
- LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.
- LOPES, João Batista. Sentença. Nulidade. Condições da ação. Cessão da posição contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 887, pp. 81-91, set. 2009.
- LUNA, Sergio Vasconcelos de. *Planejamento de pesquisa: uma introdução*. São Paulo: EDUC - Editora da PUC-SP, 1997.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 926, pp. 135-175, dez. 2012.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas* 1. ed. em *e-book* baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 1. ed. *e-book* baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. *e-book* baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria geral: Princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Possibilidade jurídica do pedido e mérito. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 93, pp. 371-383, jan.-mar. 1999.

- MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. *e-book* baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O acesso à justiça e as condições da ação. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 174, pp. 325-338, ago. 2009.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Resolução coletiva de conflitos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 47-70.
- MENDES, Conrado Hubner. Projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 53-74.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998-1999. Tomos I, VI e VII.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: Variações sobre o tema. *Revista de processo*, RT, São Paulo, v. 40, pp. 7-12, 1985.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de processo*, RT, São Paulo, v. 39, pp. 55-77, jul.-set. 1985.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Legitimação para agir: indeferimento de petição inicial. *Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual civil: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil. *Revista de processo*, RT, São Paulo, v. 97, pp. 251-264, 2000.
- NASSAR, Marcos; RIBAS, Lídia Maria. Coletivização do controle judicial de políticas públicas: concretização igualitária e racional de direitos sociais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 45, pp. 98-121, mar.-jun. 2019. Disponível em: <<http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/issue/view/10/Edi%C3%A7%C3%A3o%20Completa%20-%20n.%2045>>. Acesso em: 25 mai. 2024.
- NASSAR, Marcos; RIBAS, Lídia Maria. Revisão judicial de políticas públicas e (i)legitimidade democrática: a contribuição de técnicas processuais deliberativas. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, pp. 159-175, nov. 2021. Disponível em: <<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/43790/0>>. Acesso em: 25 mai. 2024.
- NASSAR, Marcos; RIBAS, Lídia Maria. Direitos sociais e acesso à justiça: reflexão sobre o interesse de agir em ações individuais. *Cognitio Juris*, João Pessoa, n. 37, n.p., dez. 2021. Disponível em: <<https://cognitiojuris.com.br/direitos-sociais-e-acesso-a-justica-reflexao-sobre-o-interesse-de-agir-em-aco-es-individuais/>>. Acesso em: 25 mai. 2024.

- NASSAR, Marcos. Revisão judicial de políticas públicas no Brasil: a novidade dos provimentos estruturais e as velhas sentenças mandamentais e executivas. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 333, pp. 283-320, nov. 2022.
- NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 64, pp. 33-38, out.-dez. 1991.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 3.
- PEREIRA, Ana Lucia Pretto; GIOVANINI, Ana Elisa P. P. Responsabilidade patrimonial do Estado: reserva do possível como excludente de ilicitude da conduta estatal? *Cadernos de Direito Actual*, v. 1, pp. 205-220, 2017.
- PODETTI, José Ramiro. *Teoria y tecnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1963
- PUGA, Mariela G. Litigio estructural. 2013. 328 f. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2013. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/251231477>>. Acesso em: 29 abr. 2024.
- RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário, controle jurisdicional e políticas públicas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 305-312.
- SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 1-32.
- SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 193-227.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 24/4/2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais. *Revista Consultor Jurídico*, 23 jan. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentes-entre-direitos-humanos-fundamentais#top>>. Acesso em: 27/4/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 17, n. 60, abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240515>>. Acesso em: 6 maio 2018.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título executivo*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Tutela coletiva: e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n. 3, 2013, pp. 557-584.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 17, pp. 41-49, jan.-mar. 1980.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. II.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. I.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TUSHNET, Mark. A Response to David Landau – Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement, 53 HARV. INT’L L.J. 189 (2012). In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 58-67.

UNITED STATES OF AMERICA. Library of Congress. Supreme Court of the United States. U.S. Reports: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 1954. Disponível em: <www.loc.gov/item/usrep347483/>. Acesso em: 7 mai. 2024.

UNITED STATES OF AMERICA. Library of Congress. Supreme Court of the United States. U.S. Reports: *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294, 1955. Disponível em: <www.loc.gov/item/usrep349294/>. Acesso em: 7 mai. 2024.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 287-319.

VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 69-90.

VIDAL NETO, Ademar. Intervenção judicial na administração de sociedade: nomeação de interventor provisório. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-19112020-030244/publico/7939625_Tese_Original.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Pressupostos processuais e condições da ação. *Revista da Faculdade de Direito, USP*, São Paulo, v. 62, n. 2, pp. 63-72, 1967.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 284, pp. 333-369, out. 2018.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 269-323.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 139, pp. 29-35, set. 2006.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 213-224.

WATANABE, Kazuo. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 241-245.

WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público: introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 229-235.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 33-72.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.