



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO ACADÊMICO

CLARA LACERDA ACCIOLY

JURISDIÇÃO REPRESSIVA, PREVENTIVA E PROSPECTIVA:
NOVOS CAMINHOS PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POLICÊNTRICOS

Brasília – DF
2024

CLARA LACERDA ACCIOLY

**JURISDIÇÃO REPRESSIVA, PREVENTIVA E PROSPECTIVA:
NOVOS CAMINHOS PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POLICÊNTRICOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Elaborada sob a orientação da Prof.^a Dra. Daniela Marques de Moraes.

Brasília

2024

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Clara Lacerda Accioly

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes
Orientadora – Universidade de Brasília (UnB)

Professor Doutor Benedito Cerezzo
Membro da Banca – Universidade de Brasília (UnB)

Professor Doutor Leonardo Silva Nunes
Membro da Banca – Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP)

Professora Doutora Paula Pessoa Pereira
Membro da Banca – Universidade de Brasília (UnB)

Brasília, 2024.

AGRADECIMENTOS

Minha trajetória acadêmica foi marcada por encontros que moldaram quem sou, e a todos, meu mais sincero agradecimento. Para mencionar alguns: ao professor Cerezzo, que instigou todo este trabalho com uma única pergunta; à professora Paula, que, com apontamentos sempre pertinentes e gentis, contribui com este trabalho desde minha banca de graduação; ao professor Leonardo, que com maestria conduziu meu primeiro e mais importante encontro com a temática do processo estrutural e, com muita gentileza, aceitou o meu convite; à professora Patrícia Campos Mello e ao Angelo, que, se hoje posso dizer que sei algo sobre pesquisa, é porque foram eles que me ensinaram; ao professor Alexandre Araújo Costa, pois nunca irei me esquecer do tanto que aprendi em sua disciplina de filosofia política; à professora Ana Frazão, um exemplo de acadêmica e profissional, cuja sorte tenho em poder me espelhar.

Como não poderia deixar de ser, à professora Daniela, que deu vida, forma e sentido ao termo “orientadora”. Desde a graduação, ela me guia para ser melhor como aluna, como profissional do Direito e, sobretudo, como pessoa. Mais do que influenciar minha visão sobre o Direito Processual, a professora Daniela me presenteou com uma formação sensível, humana e dedicada ao Direito.

Agradeço, também, à Ministra Maria Isabel Gallotti, que me inspira diariamente com seu brilhantismo e conhecimento, bem como a todos os colegas e amigos que compõem seu gabinete, que, desde 2022, me ensinam o Direito na prática e na teoria.

À Doutora Célia Regina Lara, que, quando eu era adolescente, disse que meu caminho estava no direito e, assim, rumou meu destino.

Escrever é, por essência, um ato solitário. Contudo, graças ao carinho, paciência e incentivo de algumas pessoas, tenho a sorte de dizer que nunca me senti sozinha. São elas: Bia, Carol, Fernanda, Luana, Luísa Rocha, Luísa Dib, Mariana, Marina, Nayla, Paula, Rafaela e Victória. Nesse ensejo, faço um agradecimento especial ao meu porto seguro, Arthur, que fez e faz os meus dias mais felizes.

Por fim, obrigada à base de tudo o que sou: minha família. E, em especial, à minha mãe, pelo apoio e pela fé incondicional que sempre depositou em mim. Amo você!

RESUMO

Este trabalho analisa os limites e possibilidades da jurisdição em conflitos policêntricos, propondo uma abordagem que integre seus perfis repressivo, preventivo e prospectivo. A partir de uma análise dos paradigmas racionalista e constitucionalista, sustenta-se que, sob o constitucionalismo, as formas processuais devem subordinar-se à substância dos direitos, assegurando uma justiça substantiva, orientada pelos princípios constitucionais e pelas demandas do caso concreto. Adotando uma metodologia que combina análise dogmática e revisão bibliográfica, a pesquisa defende a convergência entre teoria, principiologia e instrumentos normativos como chave para a solução desses conflitos. A jurisdição prospectiva é destacada como um mecanismo para revelar práticas institucionais ocultas e complementar a atuação dos demais Poderes, promovendo regulação social de forma dialógica. Conclui-se que o Poder Judiciário pode consolidar-se como agente transformador ao colaborar na proteção de direitos fundamentais e na promoção da justiça social, indo além da solução de conflitos para compreender dinâmicas sociais e contribuir com políticas públicas em cenários complexos.

Palavras-chave: Jurisdição. Conflitos policêntricos. Processo dialógico. Processo estrutural. Regulação informacional. Diálogos institucionais.

ABSTRACT

This study examines the limits and possibilities of jurisdiction in polycentric conflicts, proposing an approach that integrates its repressive, preventive, and prospective dimensions. Based on an analysis of rationalist and constitutionalist paradigms, it argues that, under constitutionalism, procedural forms must subordinate to the substance of rights, ensuring substantive justice guided by constitutional principles and the specificities of each case. Employing a methodology that combines dogmatic analysis and a comprehensive literature review, the research advocates for the convergence of theory, principiology, and normative instruments as the key to resolving such conflicts. Prospective jurisdiction is highlighted as a mechanism to uncover hidden institutional practices and complement the actions of other branches of government, fostering social regulation through dialogue. The study concludes that the Judiciary can consolidate its role as a transformative agent by collaborating in the protection of fundamental rights and promoting social justice. Beyond conflict resolution, judicial processes can serve as tools for understanding social dynamics and enhancing public policies in complex scenarios.

Keywords: Jurisdiction. Polycentric conflicts. Dialogical process. Structural process. Informational regulation. Institutional dialogues.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - O DIREITO E A JURISDIÇÃO REPRESSIVA À LUZ DO RACIONALISMO E DO CONSTITUCIONALISMO.....	13
1.1. A jurisdição de perfil repressivo: um retrato do paradigma racionalista	14
1.2. A revolução constitucionalista	18
CAPÍTULO 2 – A JURISDIÇÃO PREVENTIVA: A EMERSÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS.....	26
2.1. A jurisdição deve ser limitada? A visão de Lon Fuller.....	29
2.2. Ampliando os Limites da Jurisdição: De Fuller aos Processos Estruturais.....	35
2.3. A jurisdição diante de conflitos estruturais	39
2.4. Retornando a Fuller: o juiz tem acesso à complexidade do conflito?	46
2.4.1. O juiz pode prever as consequências da sua decisão?	47
2.4.2. O juiz pode entender tudo?	53
2.5. O aspecto dialógico: possibilidades	54
2.6. O diálogo, a prática e o papel do juiz	61
2.7. Conclusão parcial (ou as limitações justificam um não decidir?)	70
CAPÍTULO 3 - PROSPECÇÃO: A JURISDIÇÃO COMO FONTE DE INFORMAÇÃO E REGULAÇÃO COMPLEMENTAR	72
3.1 Regulação informacional.....	73
3.2. Jurisdição prospectiva: quando o processo revela informações encobertas ..	76
3.2.1. Indústria do tabaco e crise dos opioides: transparência e mudança de percepção social no âmbito da saúde pública.....	83
3.2.2. Indústria Bélica: Incentivo a Práticas de Segurança	86
3.2.3. Reforma Institucional e Segurança Pública no âmbito de departamentos de polícia	88
3.2.4. Prevenção ao Abuso Infantil: Proteção em Organizações Religiosas, Educativas e Atléticoas.....	89
3.3. Conclusões advindas dos estudos práticos: o Poder Judiciário como agente complementar de regulação e transformação social.....	91
3.4. Jurisdição prospectiva no contexto brasileiro como um ramo mais específico das teorias do diálogo institucional	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS	100

ANEXO - RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE LEI DO PROCESSO ESTRUTURAL NO BRASIL	116
--	-----

INTRODUÇÃO

“O que foi, torna a ser. O que é, perde existência. O palpável é nada. O nada assume essência.”¹

O presente trabalho examina a evolução e a complexidade da jurisdição como instrumento do Poder Judiciário em três perfis distintos, mas interconectados: o repressivo, o preventivo e o prospectivo. Em um cenário jurídico que exige do Judiciário um papel que vá além da mera aplicação normativa, propõe-se uma análise fundamentada em paradigmas ideológicos que moldaram a prática jurisdicional.

Com isso em mente, o trabalho abordará dogmas dos paradigmas científicos relacionados à jurisdição, conectando-os ao estudo do processo de forma a integrar conceitos frequentemente vistos como estanques — processo, jurisdição e conflito — a uma ideia de permeabilidade ideológica. Essa abordagem permitirá definir ondas teóricas e históricas que se refletem na estrutura normativa e prática do direito. Parte-se do pressuposto de que esses conceitos são “essencialmente contestados”, ou seja, possuem ideias fundamentais intrinsecamente passíveis de debate, mostrando-se enriquecedores para a reflexão e desenvolvimento do estudo do direito².

Ao considerar o direito como uma matéria viva, vinculada a mudanças históricas, socioculturais e políticas, conjecturar sobre possíveis evoluções futuras não se torna uma tão tarefa utópica³. Além disso, como Pereira Filho e Moraes, somos da opinião de que “é sempre importante (re)visitar a construção doutrinária que levou à edificação da legislação processual e à sua interpretação, para que seja demonstrável (...) como, hoje, devem ser pensados e aplicados o direito material e o processo”⁴.

¹ GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto* [ebook]. s/l.: Domínio Público (ebooks Brasil), 2003. p. 26.

² “[T]here are concepts which are essentially contested, concepts the proper use of which inevitably involves endless disputes about their proper uses on the part of their users” [Em tradução livre: Existem conceitos que são essencialmente contestados, conceitos cujo uso adequado inevitavelmente envolve disputas intermináveis sobre seus usos corretos por parte de seus usuários] (GALLIE, W. B. *Essentially contested concepts. Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 56, 1956, p. 169).

³ “A teoria do processo, como valor cultural, não pode escapar à ideia do histórico. Os valores se expressam através de formas que se inserem dentro da consciência das épocas. A teoria do processo, portanto, também reflete a ideia de uma época” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17-18).

⁴ MORAES, Daniela Marques de; PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Crise do processo ou crise da jurisdição? O acesso à justiça pela vertente do direito material. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; TAVARES NETO, José Querino; MONTERO, Regina Garcimartín; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Orgs.). *Processo, administração e jurisdição da justiça e formas consensuais de solução de conflitos*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019, p. 117.

Ao longo dos capítulos, será explorado como o Judiciário tem adaptado sua função para responder a essas demandas e analisar-se-á as limitações impostas pelo paradigma racionalista, que entendia a jurisdição como um mecanismo estritamente declaratório e aplicador da norma. Também será discutida a teoria de Lon Fuller, que questionava a capacidade do juiz de compreender a complexidade dos litígios policêntricos, introduzindo esse conceito ao estudo do direito. Além disso, serão investigadas as inovações trazidas por teóricos como Abram Chayes e Owen Fiss, que ampliaram o escopo da jurisdição para abarcar questões de natureza policêntrica e estrutural, o que, atrelado ao avanço do paradigma constitucionalista, convoca o Judiciário a atuar como um agente fomentador da transformação social.

Destaca-se ainda a hipótese de que a jurisdição prospectiva possui o potencial de revelar informações cruciais sobre práticas institucionais e corporativas, complementando políticas públicas regulatórias e incentivando, de maneira espontânea, ajustes internos proativos no âmbito das instituições, o que pode apaziguar algumas das inquietações acerca da possibilidade de o próprio Judiciário se incumbir, insulado em si mesmo, de dar definição a problemas sociais que, por definição, são complexos. Além de propor essa hipótese, investiga-se como ela se relaciona com o contexto jurídico atual e de que forma pode impactar a prática do direito, com o objetivo de unir teoria e prática. Propõe-se que a jurisdição, permeada por valores dialógicos, é capaz de identificar falhas institucionais e facilitar uma cooperação mais efetiva entre os Poderes.

O argumento que nos sustenta é que a forma da jurisdição acompanha sua função, e que a função jurisdicional não precisa se limitar ao resultado alcançado, mas deve incluir também as influências indiretas que um processo é capaz de gerar. Espera-se que este estudo evidencie não apenas as virtudes, mas também a relevância de uma postura judicial mais aberta ao diálogo, sensível às demandas sociais e consciente de um papel complementar – e não apenas principal – de ordenamento das relações sociais.

Mesmo com uma base principiológica densa, busca-se aplicar um conceito de processo que não se limite ao ideal, mas que se ancore na realidade empírica. Diante disso, a descrição metodológica deste trabalho torna-se essencial para que as páginas apresentadas ao leitor não reflitam apenas a visão esperançosa da autora. Assim, partindo de uma metodologia que combina análise dogmática, revisão bibliográfica e exemplos práticos, esta dissertação busca demonstrar que o Judiciário,

ao atuar não apenas de maneira preventiva, mas também prospectiva, pode contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais e para o aprimoramento das políticas públicas.

Esta pesquisa tem particular interesse em entender como os paradigmas ideológicos tratam da tensão entre a função do Poder Judiciário e suas formas de atuação, com especial atenção ao discurso que as limita ou justifica, tema que conduzirá o **capítulo 1**. Em síntese, sob o paradigma racionalista, a jurisdição é marcada pela racionalidade formal, que busca a previsibilidade e a segurança jurídica por meio de uma aplicação da lei que desconsidera os aspectos materiais e valorativos do caso concreto. A jurisdição era confinada à aplicação da norma de forma rígida e predefinida a uma violação concreta, adotando um caráter repressivo.

Ao comparar o paradigma racionalista com o constitucionalista, evidenciam-se duas abordagens distintas sobre as funções da jurisdição. No constitucionalismo, a jurisdição se expande, incorporando valores como justiça, inafastabilidade da tutela jurisdicional e proteção dos direitos fundamentais, considerados essenciais no plano constitucional. Se, anteriormente, as formas limitavam a função da jurisdição, agora é a função que orienta a forma, exigindo que o Judiciário avalie constantemente seu modo de atuação no tecido social. Este será o tema analisado no **capítulo 2**.

O leitor perceberá que o conceito de “conflitos policêntricos” conduz a análise do trabalho, pois, diante deles, entende-se como a jurisdição passou a atuar não apenas como instrumento de ordem, mas também como meio de transformação social. Isso ilustra o que se entende como jurisdição preventiva, consistente na resposta judicial que efetivamente altera dada estrutura violadora de direitos.

Não obstante, há uma outra espécie de limite que põe em evidência a capacidade da jurisdição de definir conflitos dessa natureza, o qual reside, agora, em âmbito interno à instituição judicial, concernente à disposição dialógica exigida, sem a qual não é possível compreender as facetas inerentes a um conflito dessa natureza, o que pode comprometer o resultado esperado, em termos de concretização do direito material.

Em contrapartida, apresenta-se a hipótese de que o processo judicial, ainda que desvinculado de seu resultado — isto é, da decisão final —, produz efeitos indiretos, levando a sociedade a se adaptar às informações reveladas por meio dele. Denomina-se esse conceito de jurisdição prospectiva, que será aprofundado no **capítulo 3**. Sob essa perspectiva, o Poder Judiciário pode atuar como uma “auditoria

indireta” das práticas de grandes organizações e estruturas sociais, viabilizando o acesso a informações essenciais para a formulação de políticas públicas mais eficazes e seguras. Dessa forma, busca-se promover a produção de conhecimento acessível e útil ao público e a outras esferas regulatórias, sem que isso implique, necessariamente, “dar a última palavra”.

CAPÍTULO 1 - O DIREITO E A JURISDIÇÃO REPRESSIVA À LUZ DO RACIONALISMO E DO CONSTITUCIONALISMO

“O passado e o futuro faziam parte da mesma coisa e a realidade do presente era um caleidoscópio de espelhos desordenados onde tudo podia acontecer”⁵.

Para refletir sobre o futuro, partir-se-á da delimitação do pensamento contemporâneo, iniciando com seu contraste em relação ao passado. Com isso em vista, fez-se a opção por focar no que se denomina paradigma racionalista e paradigma constitucionalista. Essa escolha se justifica por duas razões: esses recortes refletem (i) períodos nos quais o conceito de Estado já estava consolidado e o Poder Judiciário se firmou como órgão estatal legitimado para resolver conflitos e (ii) compreensões antagônicas acerca das limitações e potencialidades referentes à jurisdição. Embora ciente da simplificação inerente a essa abordagem, o presente trabalho não se propõe a realizar um estudo histórico aprofundado, mas sim a ressaltar que aquilo que se espera da jurisdição e como se interpretam seus limites, dependendo da teoria hegemônica vigente, é algo contestável e suscetível de elocubração.

Para compreender o papel atual do Judiciário e as complexas expectativas que a sociedade contemporânea deposita na jurisdição, é fundamental examinar as bases históricas e ideológicas que moldaram a atuação judicial ao longo do tempo, em particular, e a própria concepção do direito, em geral. Até porque, como ensina Castanheira Neves, “pensar o sentido da jurisdição é pensar a sua relação ao direito (juris-dictio): um diferente sentido do direito implicará correlativamente um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo”⁶. Neste capítulo, será explorado o paradigma racionalista, que estabeleceu os primeiros marcos de previsibilidade e ordem na aplicação do direito, e o paradigma constitucionalista, que promoveu uma expansão desse papel, integrando a jurisdição a valores de justiça social e proteção dos direitos fundamentais. O contraste entre esses paradigmas é central para compreender as transformações e os desafios que hoje exigem um Judiciário dinâmico, flexível e adaptável.

⁵ ALLENDE, Isabel. *A casa dos espíritos*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, 1998, p. 4.

Nosso principal objetivo, ao contrapor essas duas compreensões do Poder Judiciário, é demonstrar que, atualmente, mais importante do que delimitar estritamente os “limites da jurisdição” é repensar como a jurisdição pode ser revisitada de modo a não permitir que esses limites impeçam o cumprimento do dever constitucional de oferecer respostas adequadas aos jurisdicionados.

1.1. A jurisdição de perfil repressivo: um retrato do paradigma racionalista

No final do século XIX e início do século XX, o juiz emerge como figura central para a manutenção da ordem social, oferecendo uma alternativa à justiça feita pelas próprias mãos. A atividade jurisdicional consistia, então, em afirmar a vontade da lei, aplicando-a a situações concretas. Sua legitimidade, contudo, dependia de limites claros e de uma vinculação estrita à lei, ao legislador e, por extensão, ao povo⁷.

A visão dogmática racionalista do direito pressupunha limites de atuação institucional bem definidos⁸. O modelo ideal de separação dos poderes garantiria a autonomia do Judiciário, um Congresso bicameral eleito e um Presidente respaldado pelo aparato administrativo. O papel do juiz, nesse enfoque, era o de aplicar a norma de maneira quase automática, com pouca margem para interpretações subjetivas, utilizando métodos hermenêuticos tradicionais, como a interpretação gramatical, sistemática ou histórica. Assim, o direito era estruturado com base em dicotomias simples, como constitucional/inconstitucional e legal/ilegal, buscando tornar sua aplicação previsível e segura⁹.

⁷ Nesse sentido, Chiovenda: “*La jurisdicción consiste en la actuación de la ley mediante la sustitución de la actividad de órganos públicos a la actividad ajena, ya sea afirmando la existencia de una voluntad de ley, ya poniéndola posteriormente en práctica*” [Em tradução livre: A jurisdição consiste na aplicação da lei mediante a substituição da atividade de órgãos públicos à atividade de terceiros, seja para afirmar a existência de uma vontade legal, seja para implementá-la posteriormente]. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal*. Trad. José Casais y Santalo. Madrid: Editorial Réus, 1922, p.349).

⁸ Sobre divisões institucionais: “*The key to good government is not just figuring out the best policy, but also identifying which institutions should be making which decisions and how the different institutions can collaborate most productively*” [Em tradução livre: A chave para um bom governo não está apenas em determinar a melhor política, mas também em identificar quais instituições devem tomar quais decisões e como as diferentes instituições podem colaborar da forma mais produtiva]. (ESKRIDGE, William N. Jr.; FRICKEY, Philip P. *The Making of The Legal Process*. *Harvard Law Review*, v. 107, n. 8, 1994, p. 2033).

⁹ Grossi fala em “absolutismo jurídico” em GROSSI, Paolo. *Primeiras lições sobre o direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30. Sobre a experiência jurídica sob o prisma do liberalismo, ver também MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015,

Nesse contexto, a validade do direito passou a ser medida por sua origem, com a lei sendo considerada justa por ter sido criada pela autoridade competente, sem questionamentos profícuos sobre seu conteúdo. Isso eliminava a necessidade de uma análise teleológica mais aprofundada da jurisdição, de modo que a “ciência jurídica imuniza-se contra a filosofia, a sociologia e a ciência política”¹⁰.

Com essa abordagem, a jurisdição adotava uma função repressiva, voltada a reparar violações de direitos previamente definidos e a restabelecer a ordem jurídica violada. Para tanto, entendia o direito material a partir de uma lógica formalista, baseada em princípios matemáticos para a aplicação da lei, enquanto o processo era visto como uma “coisa privada das partes”¹¹.

Consequentemente, a jurisdição se concentrava em um tipo restrito de conflitos, principalmente aqueles envolvendo direitos patrimoniais, individuais e disponíveis. Nessa visão, o juiz era concebido como uma figura neutra e imparcial, equidistante das partes, enquanto estas detinham o monopólio da iniciativa processual. Desde que o processo se desenvolvesse regularmente, o resultado alcançado na decisão judicial era considerado justo e revestido de certeza jurídica em sua mais elevada função¹².

pp. 29-34, 288; MARINONI, Luiz Guilherme; RAGONE, Álvaro Pérez; OJEDA, Raúl Núñez. *Fundamentos del proceso civil: hacia una teoría de la adjudicación*. Santiago: Abeledo Perrot, 2010, p. 11; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 205; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 1-3. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 42; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995; PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 516. Cfr. como alguns desses conceitos são trabalhados em palestra que TÉRCIO FERRAZ SAMPAIO JR. proferiu no Conselho da Justiça Federal em Brasília: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Da interpretação da lei à interpretação do direito nas decisões judiciais. Palestra realizada em 2022, no Conselho da Justiça Federal, Brasília. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4wll6RqrCN8&t=205s>. Acesso em: 14 out. 2024.

¹⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 104.

¹¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2012, p. 136; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 134; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229; MARINONI, *Teoria geral do processo*; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso de processo civil*, pp. 29-34; GROSSI, *Primeiras Lições sobre o Direito*, p. 30.

¹² TARUFFO, *Uma simples verdade*, p. 133; CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. 1, p. 350. ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.39; PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques. A imprescindível reforma no e do poder Judiciário como corolário do acesso à justiça. *Conpedi Law Review*, v. 1, p. 114-144, 2015, p. 116; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 99; TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, São Paulo, Ed. RT, 1974, p. 399; PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de.

Nesse sentido, o processo civil deveria ser uma “instituição técnica” de validade universal¹³, “permitindo a construção de uma ciência processual que se queria bastante ou supunha que poderia viver imersa em si mesma, sem olhar para a realidade do direito material e para a vida das pessoas de carne e osso”¹⁴.

Em síntese, o direito, nesse contexto, orientava-se pelo positivismo jurídico, na busca por regras universais independentes das particularidades dos casos. Nesse modelo, quem tivesse um direito violado poderia recorrer ao Judiciário para ver aplicado um direito considerado justo, desde que formalmente válido. Presumia-se que tanto os indivíduos quanto os legisladores agiam de maneira racional, e que as leis elaboradas pelos representantes eleitos eram, por isso, democráticas, racionais e, portanto, justas. Direito e lei eram tratados como sinônimos, e esta última, por sua vez, era considerada a própria expressão do direito¹⁵.

Estabelecido que o direito equivaleria ao que estava previsto em lei, por ainda mais razão, o direito processual não era excluído dessa lógica. Superando a ideia de que o processo se resumia a um procedimento imbuído ao exercício do direito material – nos termos da Escola Praxista¹⁶ - o direito processual passou a ser concebido como ramo autônomo do direito, independente do direito material¹⁷.

Essa visão foi defendida por grandes processualistas do século XX, como Chiovenda, que propunha que a jurisdição é a função do Estado destinada a aplicar a “vontade concreta da lei” em casos específicos, com o objetivo de ressarcir em

A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 33-56, jan./jun. 2012; OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, Nem “Nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 178-179.

¹³ Nesse sentido: BUZAID, Alfredo. *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 34.

¹⁴ Análise feita por Marinoni, Arenhart e Mitidiero quando da análise da teoria de Bülow, cabível ao contexto ora analisado (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *O Novo Processo Civil*, p. 431-432).

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010; BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Editora UnB, 2017; SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006; FULLER, Lon L. *The Law in Quest of Itself*. Chicago: The Foundation Press, 1940, p. 123; CLÈVE, Clémerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (por uma dogmática constitucional emancipatória). In: LEMBO, Cláudio. (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.34-35.

¹⁶ Ver, como representativo do momento de superação do praxismo: WINDSCHEID, Bernhard; MÜLLER, Theodor. *A Polêmica sobre la Actio* Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

¹⁷ É citada como inaugural desse momento de afirmação de autonomia processual a obra de Oskar von Bülow (*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1964).

pecúnia quem tivesse seu direito violado¹⁸. Ou seja, o ato jurisdicional era despido de discricionariedade, limitado a declarar algo pré-existente¹⁹. O processo civil, por sua vez, seria "o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (...) por parte dos órgãos da jurisdição ordinária"²⁰.

Mantendo-se neutro, cabia ao juiz conduzir o "processo de conhecimento", para que, apenas quando descoberta a vontade da lei, pudesse efetivamente julgar. Sob essas bases teóricas, a limitação imposta à jurisdição era clara: cabia-lhe, mediante iniciativa das partes que denunciasses uma violação de direitos, declarar quem tem razão e qual a obrigação correspondente a essa violação. A equidistância que se esperava do juiz é expressa pela máxima de Liebman: "É defeso ao juiz emitir ordens às partes"²¹. Não se admitia, portanto, uma atuação prospectiva, pois isso implicaria julgar sem que houvesse previamente uma violação concreta²².

Além da própria lei, outra limitação recaía sobre o juiz: ele não poderia ultrapassar os limites do que as partes pedissem, conforme o princípio dispositivo. Em outras palavras, se as partes não apresentassem provas suficientes ou formulassem o pedido mais adequado, "tanto pior para as partes", nas palavras de Chiovenda²³.

Ainda que uma das partes tivesse razão material, o juiz deveria permanecer inerte a essa realidade, pois sua atuação estava limitada e fundamentada apenas no que era oferecido por elas, sob uma perspectiva individualista e adversarial²⁴. Sob essa ótica, o direito à jurisdição se limitava ao direito de propor formalmente uma ação. Percebe-se, por conseguinte, que a ideia de limitação à jurisdição era amplamente

¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. v. 2. Campinas: Bookseller, 2000; MARINONI, *Teoria geral do processo*, p. 35-37; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁹ SILVA, *Processo e ideologia*, pp. 28, 92-93.

²⁰ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. 1, p. 37.

²¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

²² "O chamado 'processo de conhecimento', na verdade processo somente 'declaratório', vocacionado para demandas plenárias, é o instrumento dessa ideologia. É através do 'processo de conhecimento', ordinário por natureza, que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano ao conceder a tutela interdital. E por meio dele que o sistema pretende manter a neutralidade — melhor, a passividade — do juiz durante o curso da causa, para somente depois de haver descoberto a 'vontade da lei' (Chiovenda), autorizar-lhe a julgar, produzindo o sonhado juízo de certeza." (SILVA, *Processo e ideologia*, p. 27).

²³ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. 1, p. 349.

²⁴ SILVA, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, pp. 59-61.

valorizada, enquanto valores como a justiça do caso concreto e a busca pela verdade material eram relegados²⁵.

Apesar de o paradigma racionalista ter consolidado uma jurisdição focada na aplicação rígida e formalista da lei, a realidade social do século XX revelou a necessidade de uma abordagem mais flexível e humanista. Com os efeitos devastadores das duas Grandes Guerras e o surgimento de regimes autoritários, a crença na neutralidade da lei e na sua capacidade de proporcionar justiça por si só começou a ser questionada. Foi nesse contexto que emergiu o paradigma constitucionalista, que rompe com a lógica puramente formal e enfatiza o compromisso do Judiciário com a promoção de valores fundamentais e a proteção de direitos. O constitucionalismo, assim, reconfigura o papel do Judiciário, chamando-o a interpretar a lei em consonância com os princípios e regras constitucionais.

1.2. A revolução constitucionalista

O pós-Segunda Guerra Mundial, em especial, comprometeu alguns dos importantes pilares da compreensão da atividade jurídica, provando que uma visão puramente racional do direito não apresentava garantias contra os horrores perpetrados por governos como o da Alemanha nazista. Percebeu-se, assim, o problema sintetizado por Luís Roberto Barroso: “A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”²⁶.

Mostrou-se necessário, portanto, que a fonte de legitimidade da lei passasse a ter *standards* para além do poder que a estabelecia, exigindo que o direito resida também em um Estado democrático e que sua criação e aplicação almejassem um fim social. Assim, às instituições do Estado caberia não apenas a aplicação da norma cabível, mas a construção do raciocínio jurídico que melhor mantenha a ordem jurídica como um todo e atenda a objetivos materiais.

²⁵ TARUFFO, *Uma simples verdade*, p. 135; MACEDO, Elaine Harzheim; BRAUN, Paola Roos. Jurisdição segundo Giuseppe Chiovenda versus jurisdição no paradigma do processo democrático de direito: algumas reflexões. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, Curitiba, PR, ano VI, n. 12, jul./dez. 2014; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 26.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001, p. 31.

Desse modo, na metade do Século XX, o direito constitucional ascendeu em países de tradição romano germânica²⁷ e, diante da constitucionalização do direito, a principiologia é incorporada à dogmática jurídica, irradiando o ordenamento positivo com valores dotados de normatividade e *status* constitucional²⁸. Com isso, a configuração das instituições estatais passa a se relacionar intimamente com os princípios e objetivos constitucionais e os direitos fundamentais, engajando os três poderes em atuações que se sobrepõem²⁹.

Uma importante consequência desse desenvolvimento teórico do constitucionalismo, influenciando a compreensão moderna do Estado, é a seguinte: não basta a mera adoção formal de uma Constituição; é necessário que discursos constitucionais sejam efetivamente concretizados na realidade. Em outras palavras, as consequências da atuação estatal e a sua conformidade aos instrumentos a que se vincula são dois eixos essenciais, porém distintos, para a realização de seus objetivos³⁰. Nesse contexto, a hermenêutica constitucional moderna permite entender que a solução adequada de um conflito e a proteção de um direito não se encontram exclusivamente no ordenamento positivo, mas também surgem do diálogo com a situação concreta, o que expande, sobremaneira, os limites da jurisdição³¹.

²⁷ BARROSO, *ibidem*, pp. 20, 28-31; ESKRIDGE; FRICKEY, *The Making of The Legal Process*, p. 2033; FULLER, *The Law in Quest of Itself*, p. 123.

²⁸ Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 149) sobre princípios: “Os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, (...) tem-se, aqui, como fora de dúvida que esses bens sociais supremos existem fora e acima da letra expressa das normas legais, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e estão em permanente mutação”.

²⁹ Nesse sentido, cabe reproduzir a lição de Clèmerson Merlin Clève (*Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 20) “(...) sob a égide da Constituição Federal de 1988 o Estado, espaço político por excelência, haverá também de ser compreendido como uma espécie de ossatura institucional desenhada pelo Constituinte para satisfazer os princípios, objetivos e direitos fundamentais através da atualização do Legislativo, buscando a concretização das disposições constitucionais, inclusive daquelas veiculando os direitos prestacionais, através da atuação do Judiciário, que deverá manifestar-se com sustentação numa hermenêutica comprometida com a principiologia constitucional, e em virtude da ação do Executivo ao qual incumbe desenvolver as políticas públicas realizadoras de direitos e serviços públicos voltados a idêntica finalidade (saúde, educação, habitação etc.)”.

³⁰ “Isso significava, por um lado, a construção de condições instrumentais voltadas para a proteção de direitos, que puderam ser observadas, ao menos no âmbito constitucional, com o aperfeiçoamento das técnicas de jurisdição constitucional. Mas, no mesmo sentido, almejava-se a produção das consequências previstas pelos dispositivos normativos.” CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 216.

³¹ “Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe

Exige-se, assim, que o juiz atribua sentido ao caso concreto, considerando os fatos sociais e conformando-os à lei, que por sua vez está submetida às normas fundamentais, aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais.

O direito de ação, preconizado na Constituição³², não se exaure com a mera declaração do direito, como entendia Chiovenda. Em verdade, exige-se do Poder Judiciário a adequada proteção jurisdicional, que seja efetiva e materialmente adequada³³.

Se todas as instâncias estatais devem comprometer-se em dar concretude à Constituição, não faz mais sentido pensar em conceitos estanques e herméticos das instituições e de suas funções. Passa-se a admitir experimentalismos institucionais, que encontram justificativa na concretização e efetivação dos direitos, e limites nas exigências de fundamentação³⁴.

Escolas atreladas ao neoconstitucionalismo, aliás, entendem que o Estado Democrático de Direito, fundado no paradigma constitucionalista, tem como preocupação básica a transformação do *status quo*³⁵. Como uma das maneiras mais

cabará apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador. Ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *R. Dir. Adm.*, n. 240, 2005. p. 9. Ver também: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002; CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, v. 60, p. 110-117, out.-dez., 1990.

³² O direito de ação está previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³³ “[O] direito de ação (...) não se exaure com a sentença de procedência ou com o acórdão (do tribunal) que a confirmou, nem mesmo quando transitados em julgado. O direito de ação exige que a sentença de procedência se revista da forma adequada à proteção do direito e, ainda, quando for o caso, disponha dos meios executivos aptos à sua implementação (...) assim, a sentença (compreendida como medida processual) e a execução adequadas são óbvios corolários do direito de ação, impondo a conclusão de que o direito de ação, muito mais do que o direito ao julgamento do mérito, é o direito à adequada e efetiva tutela jurisdicional. Isso porque, por efetiva tutela jurisdicional, deve-se entender a efetiva realização do direito material, para a qual são imprescindíveis a sentença e os meios executivos adequados”. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *O Novo Processo Civil*, p. 288. Ver também PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. *Revista da AJURIS*. v. 104, Porto Alegre: AJURIS, 2006. pp. 19-33.

³⁴ “É na originalidade das novas formas de experimentação institucional que podem estar os potenciais emancipatórios ainda presentes nas sociedades contemporâneas. Esses potenciais, para serem realizados, precisam estar em relação com uma sociedade que aceite renegociar as regras da sua sociabilidade acreditando que a grandeza social reside na capacidade de inventar, e não de imitar” (SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 77).

³⁵ Por todos, ver: BARROSO, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Ainda, cfr.: BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 74.

explícitas de difusão da Constituição se dá pela via da jurisdição constitucional, “que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral”³⁶, é na função do poder Judiciário que se vê uma revolução paradigmática mais acentuada. Aliado a isso está o fato de que o poder Judiciário tem se mostrado como importante ator no objetivo de concretização de direitos fundamentais, tendo passado por um verdadeiro processo de “ascensão institucional”³⁷.

O direito processual também acompanha o movimento de alteração da concepção da jurisdição, alterando-se a pedra de toque de sua função: é dar eficácia ao direito, pela via da jurisdição. Reconhece-se, portanto, a natureza instrumental das normas processuais em relação à efetividade do direito material, à luz da Constituição³⁸. Esse entendimento reflete a doutrina instrumentalista, que tem na figura de Cândido Dinamarco um de seus grandes expoentes, o qual explica que:

[T]oda a jurisdição constitucional se caracteriza como conjunto de remédios processuais oferecidos pela Constituição para a prevalência dos valores que ela própria abriga. Eis então, de modo visível, a relação de instrumentalidade desses remédios para com a Constituição. É lícito concluir, ainda, que todo o direito processual constitucional constitui uma postura instrumentalista - seja nessa instituição de remédios destinados ao zelo pela ordem constitucional, seja na oferta de garantias aos princípios do processo, para que ele possa cumprir adequadamente a sua função e conduzir a resultados jurídico-substanciais desejados pela própria Constituição e pela lei ordinária (tutela constitucional do processo).³⁹

³⁶ BARROSO, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, p. 36.

³⁷ Termo utilizado por BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, 2010, pp. 5-43, 2010. pp. 7-14. Ver, sobre o papel específico do Supremo Tribunal Federal: MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trinta anos, uma Constituição, Três Supremos: autorrestrrição, expansão e ambivalência. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 1, pp. 1-28, 2018.

³⁸ “[M]ais do que instrumentalidade existe uma *interdependência* entre direito material e processo, na qual o último se vocaciona à realização do primeiro, mas este depende daquele para ser levado a termo”. (SALLES, Processo civil de interesse público, p. 46, grifos no original). Além disso, Dinamarco: A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23. Ver também MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *O Novo Processo Civil*, pp. 58-70; 124, 125.

³⁹ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, pp. 32-33.

A infiltração da carga axiológica constitucional no processo pode ser condensada em dois sentidos vetoriais, na visão do autor: “no sentido Constituição-processo, tem-se *tutela constitucional* deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional” e no sentido “processo-Constituição, [com] a chamada *jurisdição constitucional*, (...) que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive”⁴⁰.

Na mesma linha, Castanheira Neves afirma que, se cabe ao juiz decidir quanto à constitucionalidade das leis, a intencionalidade jurídica é alterada como um tudo, deixando de dizer respeito à juridicidade formal, “para ser a da juridicidade material do princípio de justiça que a constituição assume, nos direitos fundamentais e nos princípios normativos expressos ou implícitos”⁴¹.

Se a função do processo é a de assegurar a realização específica das pretensões de direito material, isso necessariamente implica que ele deve ser organizado e concebido dessa maneira, o que resulta, respectivamente, obrigações ao legislador e ao juiz⁴². Nesse sentido, o aspecto teleológico é incorporado aos procedimentos processuais, com a jurisdição passando a ser entendida como a prestação ao jurisdicionado de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos, conforme preconiza a Constituição ao instituir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁴³. Ao Judiciário é imposto, então, o *dever* de prestar a tutela adequada, não sendo permitida a alegação de incapacidade do direito processual de atender o direito material⁴⁴.

Diante disso, o surgimento de novas relações jurídicas, como aquelas relativas à coletividade, em vez de frear a jurisdição, fomenta a criação de novos institutos

⁴⁰ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, pp. 26-27, grifos no original.

⁴¹ CASTANHEIRA NEVES, António, Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”, p. 11.

⁴² SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed., v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 125; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *O Novo Processo Civil*, pp. 129-131.

⁴³ CF, art. 5º, XXXV.

⁴⁴ “Por meio do raciocínio de criação, cabe ao magistrado identificar a lei geral e abstrata a ser aplicada e, uma vez feito isso, analisar a situação cultural, política, social e histórica em que está inserido o fato da vida real para, de modo criativo, ou seja, de modo a atender às reais necessidades dos jurisdicionados, adaptar/complementar a lei ao caso concreto.” (PEREIRA FILHO; MORAES, *A imprescindível reforma no e do poder Judiciário como corolário do acesso à justiça*, p. 122). Ver também SALLES, *Processo civil de interesse público*, p. 43; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 28; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *O Novo Processo Civil*, pp. 204-205.

processuais para dar a resposta mais adequada, o que solidifica o papel do direito processual como instrumento para se alcançar uma jurisdição efetiva e adequada⁴⁵.

Estabelecido o objeto do estudo deste tópico como sendo a visão ideológica voltada mais para as atribuições constitucionais da jurisdição, em vez de seus limites, deve-se pensar a Constituição a partir de uma interpretação que permita “refletir sobre as estruturas nas quais são inseridas as disputas sociais e como são produzidas as respostas institucionais para tais conflitos”⁴⁶.

Tendo isso em vista, se pensarmos nas alternativas de reforma da realidade aliada à participação social, é importante considerar como a ordem jurídica se relaciona com as mudanças sociais. Segundo Barroso, em geral, a lei estabiliza as situações sociais, em vez de transformá-las. Assim, ao poder Judiciário recai o papel de absorver algumas demandas sociais não contempladas pelo ordenamento positivado⁴⁷.

O papel das Cortes, em um contexto como o descrito, não se limita à criação de jurisprudência, mas assume um papel político-normativo⁴⁸. Embora não se faça “dono da política pública [...] não se furtará o Poder Judiciário [...] do emprego dos

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: _____. Temas de direito processual – Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193-221; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 40-50; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados ‘interesses difusos’. In: Temas de direito processual – Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110-115.

⁴⁶ CLÈVE; LORENZETTO, *Governo democrático e jurisdição constitucional*, p. 10.

⁴⁷ “É que a ordem jurídica, na generalidade das situações, é instrumento de estabilização, e não de transformação. As leis refletem - e não promovem - conquistas sociais longamente amadurecidas no dia a dia das reivindicações populares. A manipulação de normas jurídicas não é artifício adequado para que se saltem etapas históricas, e é estéril qualquer lei que não seja legitimada pelo suporte político de um anseio social cristalizado.” (BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei: algumas reflexões. *R. Dir. Proc. Geral*, n. 38, 1986, p. 72). No mesmo sentido, a lição de Abramovich (Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 2, p. 188-223, 2005, p. 209): “Às vezes, as vias legais resguardam ou tornam efetivas as “conquistas” obtidas no plano político. No marco de nossas frágeis democracias, a sanção de leis pelo Congresso nem sempre assegura a efetividade dos direitos reconhecidos e, como vimos, às vezes é necessário entrar em litígio para conseguir a implementação e o cumprimento dessas normas. Dessa forma, em um sistema institucional com fortes falhas, nem as vitórias judiciais em matéria de direitos sociais nem os triunfos políticos são definitivos, e impõem a utilização de todos os meios de reivindicação e de ação disponíveis”.

⁴⁸ CASTANHEIRA NEVES, Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”, p. 14; GAVISON, Ruth E. The role of courts in rifted democracies. *Israel Law Review*, v. 33, p. 216-258, 1999; sobre o papel do Judiciário frente a atos omissivos e comissivos dos outros poderes, especialmente atrelado ao princípio da vedação ao retrocesso, ver: MORAES, Daniela Marques de; SOUZA, Wilson Alves de. Retrocesso social, acesso à justiça e democracia. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 18, n. 1, 2023. DOI: 10.5902/1981369456921. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/56921>. Acesso em: 1 nov. 2024.

meios necessários à transformação que se espera para o atingimento do estado de conformidade constitucional e, por consequência, a concretização dos direitos”⁴⁹.

O avanço do constitucionalismo não apenas modificou o papel do Judiciário, mas também trouxe consigo novas responsabilidades e expectativas. Diferente do racionalismo, em que a jurisdição se limitava a executar a vontade do legislador, o constitucionalismo elenca a jurisdição como ferramenta para a realização dos objetivos sociais inscritos na Constituição. Esse deslocamento de perspectiva implica uma nova compreensão sobre os limites e possibilidades da atuação judicial, que se desdobra em um campo de ação mais amplo e socialmente engajado.

A análise dos paradigmas racionalista e constitucionalista revela uma evolução significativa na concepção do papel do Judiciário e da jurisdição no decorrer do último século. Sob o paradigma racionalista, a jurisdição era percebida como uma função de aplicação mecânica e previsível da norma, alicerçada em uma compreensão estrita de ordem e segurança jurídica. Esse modelo confiava na neutralidade e imparcialidade do juiz, e sua legitimidade derivava da capacidade de seguir estritamente a lei, reduzindo o espaço para interpretações subjetivas. Nesse contexto, a função jurisdicional deixava de considerar os efeitos sociais mais amplos de suas decisões.

No entanto, a ascensão do paradigma constitucionalista marcou uma ruptura com essa visão restritiva, evidenciando a necessidade de um Judiciário que, além de aplicar a norma, também estivesse comprometido com a realização dos princípios e valores inscritos na Constituição. A experiência histórica, especialmente os abusos cometidos por regimes autoritários, trouxe à tona a insuficiência de um modelo puramente técnico e formalista. O constitucionalismo, então, reposiciona a jurisdição como um meio para a concretização da justiça social. Com isso, o Judiciário não apenas decide sobre o cumprimento da lei, mas também pode atuar quando a lei insuficientemente promova os ideais contidos na Constituição.

Esse contraste entre os paradigmas serve de base para a análise dos limites e potencialidades da jurisdição, tema que perpassa todo este trabalho. Partindo dessa perspectiva ampliada, será possível compreender como o Judiciário pode atuar como

⁴⁹ DAMAZIO, Caio Lucca; NUNES, Leonardo Silva. Processo coletivo estrutural e neoconstitucionalismo: entre o ativismo judicial e a judicialização da política. In: NUNES, Leonardo Silva (Coord.); MAPA, Amanda Michelle Faria Araújo; MACHADO, Gisele Fernandes (Orgs.). *Dos litígios aos processos estruturais*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 88.

agente mais ativo na mediação de conflitos contemporâneos, direta ou indiretamente. Por óbvio, essa tensão não passou despercebida pelos teóricos e juízes do Século XX. Embora libertos, em tese, das amarras do formalismo estrito – ou seja, de que o juiz só deve atuar para dar concretude ao que diz o legislador –, as balizas sobre as possibilidades e deveres do Poder Judiciário ainda era tema em disputa, como será abordado com maior afinco no capítulo que segue.

CAPÍTULO 2 – A JURISDIÇÃO PREVENTIVA: A EMERSÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

“Então, para fixar uma realidade como tal, precisamos de mais uma realidade - uma realidade adjacente - a partir da qual podemos relativizá-la. Porém, essa realidade adjacente também demanda alguma base para se confirmar como realidade. Ou seja, há outra realidade adjacente, que prova que a anterior é real. Essa cadeia se estende a perder de vista em nossa mente, e não seria exagero dizer que em certo sentido é justamente essa continuidade, a manutenção dessa cadeia, que forma a existência de cada um de nós.”⁵⁰

É verdade que a constitucionalização da ideia de inafastabilidade da jurisdição responde, ao menos em termos dogmáticos, o debate acerca de quais litígios podem ou não ser apreciados pelo poder Judiciário: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Isto é, pensar em restrições apriorísticas, em princípio, perdeu razão de ser.

Foi justamente essa discussão que ensejou a teorização acerca da concepção contemporânea da jurisdição que aqui se chamará de preventiva, que pode ser assim ilustrada: pensemos em uma situação de violação a direitos causada em decorrência do modo de ser de dada estrutura. A jurisdição repressiva buscaria o retorno ao *status quo ante*, isto é, ao momento anterior ao da violação do direito. O reestabelecimento do estado inicial, no entanto, não resolve a causa que levou à violação, pois apenas repreende o sujeito violador em decorrência do caso concreto. Para a jurisdição preventiva, a prestação de uma tutela que efetivamente se preste ao direito em evidência envolveria imiscuir-se nesse modo de ser, a fim de dar solução ao problema.

Se a origem dessa espécie de litígio for rastreada, deparamo-nos com os Estados Unidos na segunda metade do Século XX, em meio à virada paradigmática *entre* os paradigmas racionalista e constitucionalista descritos no capítulo anterior. Quando a atuação criativa do juiz deixou de se tornar um limite intransponível, mas um fato consumado pela jurisprudência, exigiu-se pensar um arcabouço teórico que, simultaneamente, respondesse ao anseio de dar concretude aos direitos – ainda que de formas não previstas em lei – e o respeito à separação dos poderes, tensão que permeou o imaginário da doutrina jurídica da época.

A referência a dois casos emblemáticos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos nos situa quanto a algumas das angústias experimentadas pelos

⁵⁰ MURAKAMI, Haruki. *Sul da fronteira, oeste do sol*. Tradução de Rita Kohl. São Paulo: Alfaguara e TAG Experiências Literárias, 2020.

doutrinadores que estudaram as limitações e possibilidades do Poder Judiciários. São eles o caso *Lochner vs. New York* e *Brown vs. Board of Education*.

O caso *Lochner vs. New York*⁵¹ ascendeu à Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1905, quando Joseph Lochner, proprietário de uma padaria, contestou a multa recebida por violar a lei do estado de Nova York que limitava o trabalho de padeiros para 60 horas semanais. A seu ver, empregador e empregado tinham o direito de ajustar a carga horária que lhes aprouvessem, sem intervenção estatal. A Suprema Corte invalidou a lei estadual, declarando-a inconstitucional por confrontar o direito de liberdade contratual e o devido processo legal⁵².

O caso se tornou em um dos mais contestados enquanto "*anti-canon*" (lista de casos mal decididos) da jurisprudência constitucional dos EUA⁵³. Em 1970, cunhou-se o termo "era *Lochner*" para se referir a um período de jurisprudência constitucional desacreditada, enquanto espécie de ativismo judicial que impunha valores conservadores em bloqueio a intervenções governamentais na economia e a reformas sociais. Sob essa visão, *Lochner* é fruto de uma interpretação inflexível da constituição, levando a questionamentos sobre o papel da Corte frente a novas realidades sociais⁵⁴. O repúdio a *Lochner* fortaleceu uma visão de forte restrição à jurisdição entre os juristas norte-americanos e, em especial, da Escola do Processo Legal, que teve especial influência no imaginário jurídico durante a década de 50 e 60⁵⁵.

⁵¹ 198 U.S. 45 (1905).

⁵² BERNSTEIN, David E. *Lochner v. New York: a centennial retrospective*. *Washington University Law Quarterly*, St. Louis, v. 83, n. 5, p. 1469-1528, 2005.

⁵³ Sobre o conceito de *anti-canon*, referenciando *Lochner* como um de seus mais proeminentes exemplos, ver: PRIMUS, Richard A. Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent. *Duke Law Journal*, Durham, v. 48, n. 2, p. 243-300, 1998.

⁵⁴ Bernstein examina historicamente por que *Lochner* se tornou uma decisão controversa e amplamente criticada, embora ele próprio discorde de várias das críticas arraigadas ao precedente (BERNSTEIN, *Lochner v. New York*, p. 1473). Ver também DRAKEMAN, Donald. The Substance of Process: *Lochner v. New York*. In: GEORGE, Robert P. (Org.). *Great Cases in Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 130-134; e STEPHENSON JR., D. Grier. The Supreme Court and constitutional change: *Lochner v. New York* revisited. *Villanova Law Review*, Villanova, PA, v. 21, n. 2, p. 217-243, 1976.

⁵⁵ "In the aftermath of *Lochner v. New York*, the belief in strong judicial restraint was de rigueur among progressive lawyers and legal process scholars in particular" [Em tradução livre: Após o caso *Lochner v. New York*, a crença em uma forte contenção judicial era essencial entre os advogados progressistas e, em especial, entre os estudiosos do processo legal] (KING, Jeff A. The Pervasiveness of Polycentricity. *Public Law*, n. 1, p. 101-124, 2008, p. 7).

O caso *Brown vs. Board of Education*⁵⁶, por outro lado, é um dos mais celebrados da história constitucional norte americana⁵⁷. Nele, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas, ainda que as instalações escolares fossem fisicamente iguais, invalidando, portanto, a doutrina de "separado, mas igual"⁵⁸. Essa decisão ajudou a consolidar o princípio constitucional contra a discriminação racial na cultura norte-americana, desempenhando também um papel simbólico que moldou o discurso sobre direitos civis e igualdade⁵⁹.

Em ambos os casos, a Corte Suprema interveio em estruturas sociais com base em conceitos abstratos. Atrelando a importância desses casos com o desenvolvimento do movimento de direitos civil que se iniciou na década de 50 nos Estado Unidos, a teorização acerca dos limites da jurisdição desbordou da lógica formalista e legalista, incitando os teóricos à época a repensar a legitimidade e o papel do Judiciário frente a conflitos dessa natureza⁶⁰.

Dos importantes doutrinadores que ensejaram esse movimento, um chama atenção por sua ausência nos debates atuais: Lon Fuller, que, embora tenha introduzido pioneiramente o conceito de conflitos policêntricos no estudo do direito, foi também expoente na conceituação da técnica judiciária estratégica que justamente limitava a jurisdição, entendendo que as Cortes *não* deveriam tratar desses conflitos⁶¹.

Optando por analisar um microcosmo doutrinário, elege-se sua doutrina como representativa do paradigma restritivo da jurisdição Pós-Segunda Guerra Mundial. Fuller exerceu grande influência no imaginário jurídico liberal da época, expressando a preocupação de que juízes não eleitos poderiam vincular maiorias democráticas,

⁵⁶ US SUPREME COURT. *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁵⁷ WIECEK, William M. Is there a canon of constitutional history? *Constitutional Commentary*, v. 17, n. 2, p. 411, 2000.

⁵⁸ Doutrina firmada no caso *Plessy v. Ferguson* (1896), quando se decidiu pela constitucionalidade da segregação racial em locais públicos.

⁵⁹ TUSHNET, Mark. The significance of *Brown v. Board of Education*. *Virginia Law Review*, v. 80, n. 1, p. 173-184, 1994.

⁶⁰ ESKRIDGE; FRICKEY, *The Making of The Legal Process*, p. 2049.

⁶¹ Definição baseada na lição de Chritopher J, Peters, no original: "the strategic use by courts (particularly the Supreme Court) of justiciability doctrines and other procedural techniques to avoid deciding issues the Court believes are best deferred to a later date" (PETERS, Christopher J. *Adjudication as representation*. *Columbia Law Review*, New York, v. 97, n. 2, p. 312-416, 1997).

sendo considerado por Jeff King⁶², Peller⁶³, Teachout⁶⁴, Summers⁶⁵ Eskridge, Frickey⁶⁶ e outros como pilar central para a Escola do Processo Legal, e um dos maiores pensadores do direito do Século XX.

A figura de Fuller, para além de sua notória influência, permite-nos observar uma interessante reação teórica de alguém que, por um lado, rejeitava o positivismo e racionalismo estrito, mas que, por outro, via com cautela a questão de até onde o Judiciário poderia ir. Embora fosse partidário de uma visão mais restritiva da jurisdição, ele influenciou os teóricos que serão analisados em sequência - como Abram Chayes e Owen Fiss - a pensar no papel das cortes diante de conflitos de complexidade social. Por esses motivos, acredita-se que o estudo de Fuller se torna especialmente relevante para debates contemporâneos sobre a função jurisdicional em conflitos de interesse público e direitos fundamentais, temas caros ao presente trabalho.

2.1. A jurisdição deve ser limitada? A visão de Lon Fuller

Para melhor compreendermos a importância de Lon Fuller, especialmente em se tratando do contexto estadunidense, confira-se a seguinte passagem de Robert Summers, em obra dedicada a ele:

[He] is unquestionably the leading secular natural lawyer of the twentieth century in the English-speaking world. His work on legal processes and on the principles of legality qualify him as the greatest proceduralist in the history of legal theory. He was also one of the foremost theorists of means-end relations in legal ordering.⁶⁷

⁶² KING, The Pervasiveness of Polycentricity, p. 7.

⁶³ PELLER, Gary. Neutral Principles in the 1950s. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 21, n. 4, p. 561-587, 1988. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol21/iss4/5>. Acesso em: 14 out. 2024.

⁶⁴ TEACHOUT, Peter Read. The Soul of the Fugue: An Essay on Reading Fuller. *Minnesota Law Review*, v. 70, n. 4, p. 1073-1095, 1986. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/2072>. Acesso em: 5 nov. 2024.

⁶⁵ SUMMERS, Robert S. *Lon L. Fuller*. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1984, p. 151.

⁶⁶ ESKRIDGE; FRICKEY, The Making of The Legal Process, p. 2049; ESKRIDGE, William N.; FRICKEY, Philip P. Legislation Scholarship and Pedagogy in the Post-Legal Process Era. *Pittsburgh Law Review*, v. 48, p. 691-780, 1987.

⁶⁷ Em tradução livre: "[Ele] é, indiscutivelmente, o principal jurista naturalista secular do século XX no mundo anglófono. Seu trabalho sobre processos legais e sobre os princípios da legalidade o qualifica como o maior procedimentalista da história da teoria jurídica. Ele foi também um dos mais destacados teóricos das relações entre meios e fins na ordenação jurídica." (SUMMERS, *Lon L. Fuller*).

Fuller rejeitava explicitamente a noção formalista e positivista de que o juiz poderia insular-se em si próprio, tendo apenas a norma a guiá-lo⁶⁸ e, com o reconhecimento de que a discricionariedade era inevitável, enfatizou o reconhecimento de que o "ser" e o "dever ser" são aspectos interligados das normas legais, propondo que a moral e o direito estão inextricavelmente conectados⁶⁹.

É possível perceber a inquietação do autor tanto com o positivismo quanto com o realismo jurídico. Por um lado, ele entendia que direito e moral não deveriam ser instâncias apartadas. Por outro, refutava a influência das forças pós-modernas sobre a teoria do direito, criticando a dificuldade que a filosofia tem em trabalhar com formas puras e essenciais, sem as quais, segundo o autor, não seria possível identificar os abusos e desvirtuamentos da jurisdição. Com isso em mente, ele propõe uma definição do que seria a verdadeira forma da jurisdição, embora reconheça que tal conceito seria, em parte, ficcional e inexistente, mas cujos delineamentos permitiriam compreender o que o instituto é e o que deveria ser⁷⁰.

Fuller, então, buscou definir quais tarefas sociais competem às Cortes e quais são seus limites, especialmente em sua obra seminal: "The Forms and Limits of Adjudication" [As Formas e Limites da Jurisdição⁷¹], que teve sua primeira versão distribuída em 1957, mas foi finalmente publicado na revista *Harvard Law Review*, em 1978, após a morte do autor. A intenção de Fuller, em suas próprias palavras, era a seguinte:

The problems that are the concern of this paper are those suggested by the two terms of the title, the forms and limits of adjudication. By speaking of the limits of adjudication I mean to raise such questions as the following: What kinds of social tasks can properly be assigned to courts and other adjudicative agencies? What are the lines of division that separate such tasks from those that require an exercise of executive power or that must be entrusted to planning boards or public corporations? What tacit assumptions underlie the conviction that certain problems are inherently unsuited for adjudicative disposition and should be left to the legislature? (...) what are the limits of effective legal action? - bearing in mind that legislative de-terminations often can

⁶⁸ FULLER, Lon L. American legal realism. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 82, 1934, p. 432, TEACHOUT, The Soul of the Fugue, p. 1077.

⁶⁹ FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven; London: Yale University Press, 1964, p. 106-118; FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, p. 630-661, 1958; FULLER, *The Law in Quest of Itself*.

⁷⁰ FULLER, *The Morality of Law*; SUMMERS, Lon L. Fuller, p. 221.

⁷¹ Fez-se a opção por traduzir o termo "*adjudication*" para jurisdição, por se entender que, no contexto brasileiro, adjudicação poderia remeter ao contexto expropriatório do processo de execução.

only become effective if they are of such a nature that they are suited for judicial interpretation and enforcement”⁷².

Demonstrando suas raízes liberais com resquícios racionalistas, Fuller argumenta que o juiz deve permanecer neutro e imparcial, tomando decisões fundamentadas exclusivamente nas provas e argumentos apresentados pelas partes. Por outro lado, ele destaca que o papel do juiz geralmente se refere a eventos passados, ou seja, suas decisões têm efeito retroativo, aplicando as leis ou diretrizes já estabelecidas aos eventos que ocorreram. Ele explica que a jurisdição não deve criar normas, mas sim interpretar e aplicar o que já existe, evitando que o juiz atue como legislador⁷³.

Enquanto expoente da escola processual-legal, que, conforme afirma Jeff King, incorporou a rejeição a *Lochner* como pedra de toque, faz sentido imaginar as restrições que Fuller tinha com a expansão desregulada do ativismo judicial⁷⁴.

Cabe apontar que a concepção de Fuller sobre o direito, segundo ele próprio, era permeada por conceitos típicos da responsabilidade, como intenção e dano, o que parece restringi-lo ao nosso conceito de jurisdição repressiva, remetendo-nos a uma função jurisdicional restrita a avaliar as consequências de eventos passados para as partes envolvidas:

I would like, instead, to recall what we would lose if the concept of responsibility ever disappeared completely from the law. The whole body of the law is permeated by two recurring standards of decision: fault and intent. (...) Without them, we would have no thread to guide us through the labyrinth.⁷⁵

⁷² Em tradução livre: Os problemas que são a preocupação deste artigo são aqueles sugeridos pelos dois termos do título, as formas e os limites da jurisdição. Ao falar dos limites da jurisdição, pretendo levantar questões como as seguintes: que tipos de tarefas sociais podem ser adequadamente atribuídos aos tribunais e a outras agências jurisdicionais? Quais são as linhas de divisão que separam essas tarefas daquelas que exigem o exercício do poder executivo ou que devem ser confiadas a conselhos de planejamento ou corporações públicas? Quais suposições tácitas sustentam a convicção de que certos problemas são inerentemente inadequados para resolução jurisdicional e devem ser deixados para o legislativo? (...) quais são os limites da ação jurídica eficaz? – tendo em mente que as determinações legislativas muitas vezes só podem se tornar eficazes se forem de tal natureza que estejam adequadas para interpretação e execução judicial (FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 92, n. 2, p. 353-409, 1978).

⁷³ FULLER, *idem*; KING, The Pervasiveness of Polycentricity.

⁷⁴ KING, *idem*.

⁷⁵ Em tradução livre: Gostaria, em vez disso, de lembrar o que perderíamos se o conceito de responsabilidade desaparecesse completamente do direito. Todo o corpo do direito é permeado por dois padrões recorrentes de decisão: culpa e intenção. (...) Sem eles, não teríamos nenhum fio para nos guiar através do labirinto (FULLER, *The Morality of Law*, p. 167).

Ainda para o autor, existia uma divisão clara entre as funções das Cortes e as atribuições do Parlamento e do Mercado. Ele expressava uma desconfiança particular em relação à capacidade que o juiz teria de considerar plenamente todos os aspectos de um conflito, pois ele via o processo judicial como seara de disputa entre as partes, na qual as informações colocadas à disposição eram naturalmente limitadas pelos interesses envolvidos⁷⁶.

Fuller desafia a noção de que o Judiciário possa operar com eficácia em contextos que demandam uma participação coletiva e uma gestão flexível e adaptável das informações. Com isso em vista, ele introduziu, enquanto limite à jurisdição, o conceito de “tarefas policêntricas”.

O policentrismo descrito por Fuller deriva de Michael Polanyi⁷⁷, filósofo antipositivista⁷⁸, que, justamente por ser contrário à centralidade e rigidez tanto em métodos científicos quanto em organizações sociais, desenvolveu o conceito para explicar a existência de múltiplos centros de decisão autônomos em organizações sociais.

Polanyi observou, inicialmente, a organização da comunidade científica, em que pesquisadores trabalham e tomam decisões de forma independente, operando via tentativa e erro sob um conjunto de normas amplamente aceitas, sem a necessidade de uma autoridade que dite o caminho exato que cada cientista deve seguir. Segundo ele, qualquer tentativa de impor um ideal complexo de cima para baixo (como o progresso científico ou econômico) estava fadada ao fracasso. Em vez disso, o ideal seria alcançado em um processo distribuído, em que os diversos centros de decisão colaboram e competem em busca de objetivos comuns⁷⁹.

Valendo-se do conceito de policentrismo, Lon Fuller descreve a existência de problemas que envolvem múltiplos pontos de influência interligados, de forma que

⁷⁶ FULLER, The forms and limits of adjudication, p. 357.

⁷⁷ POLANYI, Michael. *The Logic of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1951.

⁷⁸ “His approach was highly original in that he based his social analysis on an analogy to the organization of the scientific community. This was facilitated by his anti-positivist approach to the philosophy of science, as he considered the success of science to be the outcome of a certain kind of social organization, rather than of scientists following a rigidly defined ‘scientific method’” [Em tradução livre: Sua abordagem foi altamente original, pois ele baseou sua análise social em uma analogia com a organização da comunidade científica. Isso foi facilitado por sua abordagem antipositivista à filosofia da ciência, já que ele considerava que o sucesso da ciência era o resultado de um certo tipo de organização social, e não de cientistas seguindo um “método científico” rigidamente definido] (ALIGICA, Paul D.; TARKO, Vlad. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 2, p. 237-262, 2012, p. 25).

⁷⁹ POLANYI, *The Logic of Liberty*; ALIGICA; TARKO, Polycentricity.

uma mudança em um aspecto reverbera e altera a configuração de outras partes do sistema, como em uma teia de aranha, em que mexer em um fio provoca uma reação nos demais. Um dos exemplos citados por Fuller seria a distribuição de um orçamento limitado entre diferentes departamentos de uma organização. A alocação de fundos para um departamento pode limitar os recursos disponíveis para os demais, criando uma rede de compensações que precisa ser constantemente ajustada e que não poderia ser resolvida simplesmente com uma decisão judicial.

Segundo entendia o autor, o juiz não conseguiria alcançar as nuances interdependentes e consequências inerentes a um problema policêntrico, justamente em razão de a jurisdição ter uma estrutura binária, adversarial e finalística, o que não se coaduna com a necessidade que conflitos dessa natureza têm de ser gerenciados constantemente, bem como de acarretar concessões e cooperação entre todas as partes envolvidas, elementos, a seu ver, fora do escopo do Judiciário. Em síntese, ele considera que problemas policêntricos exigem a participação e o consenso de muitas partes e que os tribunais não têm os meios para acomodar essa diversidade de interesses de maneira justa e eficaz. A incapacidade cognitiva e adaptativa das cortes servia como fundamento à limitação da jurisdição⁸⁰.

A introdução do conceito de problemas policêntricos ao direito incentivou os teóricos à época, ainda que discordando das conclusões de Fuller, a repensar as possibilidades e balizas da jurisdição⁸¹.

Por outro lado, Jeff King nota, com estranheza, a ausência de menção nas obras de Fuller ao caso *Brown vs Board of Education*, o que, a seu ver, configura uma “omissão flagrante tanto para críticos quanto para apoiadores”⁸². Para King, o impacto de *Brown* e o reconhecimento dos defeitos sistêmicos do Estado levaram muitos dos juristas que seguiam a escola de pensamento de Fuller a tomar novos rumos, o que

⁸⁰ FULLER, The forms and limits of adjudication; KING, The Pervasiveness of Polycentricity; POLANYI, *The Logic of Liberty*; ALIGICA; TARKO, Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond, pp. 3-4; EISENBERG, Melvin Aron. Participation, responsiveness, and the consultative process: an essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 92, n. 2, p. 410-432, 1978.

⁸¹ “Much of the current scholarly interest in alternative dispute resolution and in polycentric decisionmaking can be directly traced to Fuller's creative pioneering work in these areas” [Em tradução livre: Grande parte do interesse acadêmico atual em métodos alternativos de resolução de disputas e na tomada de decisões policêntricas pode ser diretamente atribuída ao trabalho criativo e pioneiro de Fuller nessas áreas] (TEACHOUT, *The Soul of the Fugue*, p. 1077).

⁸² No original: “Neither *The Legal Process* nor *The Forms and Limits of Adjudication*’ so much as address the case and its progeny, a glaring omission for critics and supporters alike” (KING, *The Pervasiveness of Polycentricity*, p. 9).

explicaria a pouca relevância que o conceito de “tarefas policêntricas” exerce, enquanto limite à jurisdição.

Na linha do que elaborou Melvin Aron Eisenberg, o desenvolvimento da litigância em direito público – marcada pelo artigo de Chayes – demonstrou a insuficiência da visão de Fuller sobre os limites da jurisdição, mas a filosofia expressa em *Forms and Limits* continua sendo, a seu ver, uma das perspectivas mais bem elaboradas e convincentes para criticar o avanço desse tipo de jurisdição⁸³.

Com efeito, as obras seminais de Abram Chayes e Owen Fiss fazem direta referência ao conceito desenvolvido por Fuller, avançando-o e desafiando suas conclusões. Como será visto, ambos os autores, entendendo que a doutrina de Fuller não dava conta da gramática jurisprudencial de litígios de direito público que ocupavam a agenda jurídica do meio do Século XX, sucederam avançar os rígidos limites por ele proposto, construindo as bases até hoje referenciadas pelos estudiosos de processo estrutural, tema a ser abordado no próximo tópico.

Feitas essas considerações, entende-se que, embora os limites propostos por Fuller não tenham prevalecido, como demonstra a experiência jurisprudencial e doutrinária norte-americana, os questionamentos por ele apresentados acerca da (in)capacidade do juiz de compreender um problema policêntrico não merecem ser descartados, e a jurisdição não deve ignorar a dificuldade inerente à compreensão de uma dada realidade.

Ao endereçar as críticas de Fuller, entretanto, busca-se uma perspectiva mais preocupada com as possibilidades da jurisdição, isto é, em como enfrentar esses entraves e garantir que processos complexos sejam bem compreendidos e, portanto,

⁸³ No original: “*The development of public law litigation challenges in an important way Fuller's view of the limits of litigation. Chayes' article marks the beginning of an effort to rationalize this development and suggests at least a cautious optimism. The philosophy expressed in Forms and Limits remains the best worked out and most persuasive perspective from which to criticize this development. It can hardly be said that this philosophy has triumphed, but it is of immediate relevance at the cutting edge of adjudication. The very definition of that process is now in question. Whether expansion of the public law model will undermine the moral force of adjudication, whether Fuller's view will be shown to have been too confining, or whether the publication of Forms and Limits will itself influence the lines of future development in the public law area, remains to be seen*” [Em tradução livre: O desenvolvimento da litigância em direito público desafia de maneira significativa a visão de Fuller sobre os limites da jurisdição. O artigo de Chayes marca o início de um esforço para racionalizar esse desenvolvimento e sugere, pelo menos, um otimismo cauteloso. A filosofia expressa em *Forms and Limits* continua sendo a perspectiva mais bem elaborada e persuasiva para criticar esse avanço. Não se pode dizer que essa filosofia prevaleceu, mas ela é de relevância imediata no campo da jurisdição. A própria definição desse processo está agora em questão. Ainda não se sabe se a expansão do modelo de direito público enfraquecerá a força moral da jurisdição, se a visão de Fuller se mostrará excessivamente restritiva, ou se a publicação de *Forms and Limits* influenciará as futuras direções de desenvolvimento na área do direito público.] (EISENBERG, Participation, responsiveness, and the consultative process, p. 431).

solucionados – ainda que não diretamente pela decisão final do poder Judiciário – como será abordado, finalmente, no terceiro capítulo deste trabalho.

2.2. Ampliando os Limites da Jurisdição: De Fuller aos Processos Estruturais

Aqui, será examinada uma visão ideológica ampliativa da atuação jurisdicional, segundo a qual a legitimidade da jurisdição não decorre apenas dos procedimentos formais, mas sim da conformidade de seu conteúdo com exigências rigorosas de fundamentação, fazendo especial referência à doutrina brasileira que incorporou suas diretrizes com foco em processos estruturais.

Ao investigar a expansão do papel jurisdicional em direção a um modelo preventivo e reformador, serão enfrentadas as limitações teóricas propostas por Lon Fuller, que argumenta que a jurisdição, ao adentrar o campo dos conflitos policêntricos, excede sua capacidade de resolver questões complexas.

Como dito, a ideia de retirar da alçada do Judiciário definir e julgar problemas policêntricos influenciou sobremaneira o imaginário doutrinário à época – reverberando até hoje, quando se pensa nas críticas ao ativismo judicial⁸⁴. Avançar esse limite significava, então, enfrentar as conclusões de Fuller, o que foi feito de forma explícita pelos autores elencados como representativos do movimento teórico aqui exposto: Abram Chayes e Owen Fiss.

A escolha dos autores aqui representados se dá por alguns fatores: (i) publicaram suas críticas na década de 70⁸⁵; (ii) buscaram expandir o conceito de jurisdição à luz de casos concretos julgados pelo Poder Judiciário; e (iii) são também referências importantes atreladas aos outros perfis de jurisdição explorados neste capítulo.

Abram Chayes, o primeiro dos autores a publicar suas inquietações, propõe acomodar visões limitadoras, como a de Fuller, dentro de um dos modelos de jurisdição. Para Chayes, esse modelo representa a jurisdição tradicional, caracterizada por uma estrutura que permite apenas um vencedor, em que a reparação oferecida ao autor está diretamente vinculada ao prejuízo causado pela

⁸⁴ Por todos, ver: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Princípio não é norma*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2024.

⁸⁵ Recordar-se que, embora o artigo seminal de Fuller tenha sido publicado em 1978, trata-se de uma publicação póstuma de uma obra cujos ideais já eram defendidos e divulgados pelo autor desde, pelo menos, 1957.

parte contrária. Além disso, é um modelo “bipolar”, organizado em torno de dois polos diametralmente opostos⁸⁶.

Haveria, contudo, um segundo modelo, de direito público, voltado ao julgamento de questões relacionadas a direitos sociais e políticas públicas, as quais são, em última análise, de natureza policêntrica. Nesse modelo, Chayes enfatiza a necessidade de ajustes nos comportamentos futuros do réu, indo além da mera reparação do ilícito passado⁸⁷.

Ele pontua que, em face dessa espécie de litígio, os elementos de intenção e dano – que, como vimos, para Fuller, permeariam todo o estudo do direito – tornam-se meras metáforas, pois insuficientes para projetar soluções que possam melhor atender aos interesses públicos no longo prazo. O remédio a ser obtido, frente a litígios de direito público, não estaria atrelado ao dano concretamente sofrido pela parte, mas teria como objetivo corrigir a falha substantiva que permitiu sua existência⁸⁸.

Esse caráter prospectivo, aliás, exigiria mudanças no processo de “*factfinding*” e “*fact evaluation*” e, conseqüentemente, no papel do juiz em sua condução⁸⁹. O magistrado poderia intervir diretamente na estruturação do caso, orientando a coleta de dados, supervisionando o trabalho de especialistas e assessores, e promovendo ajustes contínuos ao longo do processo, de modo a garantir o acesso às informações indispensáveis para a compreensão do conflito⁹⁰.

Além disso, essa abordagem permite que o juiz construa um quadro mais amplo e interconectado dos interesses envolvidos. Em vez de buscar apenas uma resolução pontual, considera-se o impacto da decisão sobre terceiros que, embora não estejam formalmente representados no processo, são diretamente afetados por suas

⁸⁶ CHAYES, The role of the judge in public law litigation.

⁸⁷ CHAYES, *ibidem*, p. 1282. Vitorelli explica que, a partir da publicação de Chayes, foi cunhado o termo “public law litigation” (litígios de interesse público), cuja resolução envolve efetivar um direito para toda a sociedade de destinatários daquela prestação de política pública, e não apenas para a parte no processo e, para tanto, “Pretende-se uma ruptura com o *comportamento* até então adotado” (VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, p. 333-369, out. 2018. P. 344)

⁸⁸ CHAYES, The role of the judge in public law litigation, p. 1296.

⁸⁹ Sobre a necessidade de se incorporar a dinâmica dos fatos à jurisdição constitucional, ver: PEREIRA, Paula Pessoa; MARINONI, Luis Guilherme. (Re)descoberta dos fatos e sua adequada deliberação no processo constitucional. *JOTA*, 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columas/observatorio-constitucional/a-redescoberta-dos-fatos-e-sua-adequada-deliberacao-no-processo-constitucional>. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁹⁰ Chayes, *ibidem*.

consequências, refletindo, assim, a complexidade do contexto social e econômico em questão⁹¹.

Para ilustrar a dimensão da influência do artigo de Chayes – o que, em contrapartida, sugere a derrocada dos limites de Fuller –, eis algumas reações documentadas por Richard L. Marcus:

Chayes must have been gratified by the reception his article received; any law professor would be. To begin with, he was showered with overt accolades. Professor Kellis Parker of Columbia lauded the article as a "brilliant discussion," and Professor Richard Fallon of Harvard (and several others) labelled it "seminal." In his article on public law remedies, Judge Frank Coffin acknowledged that he was "indebted to Abram Chayes" for his analytical framework. Another commentator asserted that "[t]he debate over public law litigation stems largely from the seminal article by Professor Chayes." Indeed, some seem to treat the whole idea of public law litigation as Chayes's personal property. Finally, the article received that highest of tributes - mild praise from Mark Tushnet - who called it "one of the few stimulating articles on court procedure in recent years."

As measures of success, these explicit accolades are borne out by cruder measures of impact. The crudest is simple numbers. By 1985, a commentator who actually counted the number of citations of articles reported that the article already ranked Number Eleven on the all-time citation list, and that it was third among all articles in citation frequency since 1977⁹².

Finalmente, para Owen Fiss, Fuller buscava a legitimidade da jurisdição no direito de participar do processo, o que para ele, atrela o Judiciário a uma ideia de

⁹¹ *Idem*.

⁹² Em tradução livre: Chayes deve ter ficado satisfeito com a recepção que seu artigo recebeu; qualquer professor de direito ficaria. Para começar, ele foi amplamente elogiado de forma explícita. O professor Kellis Parker, da Universidade de Columbia, classificou o artigo como uma "discussão brilhante", e o professor Richard Fallon, de Harvard (assim como vários outros), o considerou "seminal". Em seu artigo sobre soluções no direito público, o juiz Frank Coffin reconheceu que estava "em dívida com Abram Chayes" por sua estrutura analítica. Outro comentarista afirmou que "[o] debate sobre a litigância no direito público deriva amplamente do artigo seminal do Professor Chayes". De fato, alguns parecem tratar toda a ideia de litigância no direito público como propriedade pessoal de Chayes. Por fim, o artigo recebeu o mais alto dos tributos – um elogio moderado de Mark Tushnet – que o chamou de "um dos poucos artigos estimulantes sobre o procedimento judicial nos últimos anos".

Como medidas de sucesso, esses elogios explícitos são corroborados por métricas mais "cruas" de impacto. A mais rudimentar é simplesmente o número de citações. Em 1985, um comentarista que contou efetivamente o número de citações dos artigos relatou que o trabalho de Chayes já ocupava a posição de Número Onze na lista de citações de todos os tempos, além de ser o terceiro em frequência de citações entre os artigos publicados desde 1977 (MARCUS, Richard L. Public law litigation and legal scholarship. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 21, 1988, pp. 653-654. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol21/iss4/7>. Acesso em: 4 nov. 2024).

consentimento individual dos jurisdicionados⁹³, o que não mais se sustenta pelos seguintes motivos:

In truth, the individual participation axiom is rooted in a world that no longer exists. It is rooted in a horizontal world, in which people related to one another on individual terms and on terms of approximate equality. It is rooted in a world that viewed the law of contracts as The Law - not so incidentally, Fuller's substantive field of law. Our world, however, is a vertical one [...] A conception of adjudication that strictly honors the right of each affected individual to participate in the process seems to proclaim the importance of the individual, but actually leaves the individual without the institutional support necessary to realize his true self. In fact, the individual participation axiom would do little more than throw down an impassable bar - polycentrism - to the one social process that has emerged with promise for preserving our constitutional values and the ideal of individualism in the face of the modern bureaucratic state - structural reform⁹⁴

Respondendo às preocupações de Fuller com a legitimidade do Poder Judiciário para definir conflitos policêntricos, Fiss argumenta que as cortes não estão isoladas do sistema político estatal, mas o integram e, assim como as demais instituições sociais, sua legitimidade repousa na função social a ela atribuída. Ele entendia, então, que às cortes caberia dar significado concreto e aplicação aos valores públicos constitucionalizados, o que a legitimaria a definir litígios de caráter complexo⁹⁵. Inserido nessa lógica, Fiss assim conceitua os processos estruturais:

A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter

⁹³ No mesmo sentido, ver: FISS, Owen. M. The social and political foundations of adjudication. *Law and Human Behavior*, v. 6, n. 2, p. 121-128, 1982, p. 125.

⁹⁴ Em tradução livre: O axioma da participação individual [de Fuller] está enraizado em um mundo que não mais existe. Está enraizado em um mundo horizontal, em que as pessoas se relacionavam umas com as outras de forma individual e em termos de igualdade aproximada. Está enraizado em um mundo que via o direito dos contratos como *O Direito* – não por acaso, o principal campo de estudo de Fuller no direito. Nosso mundo, no entanto, é vertical [...]. Uma concepção de jurisdição que honra estritamente o direito de cada indivíduo afetado de participar do processo parece proclamar a importância do indivíduo, mas deixa o indivíduo sem o apoio institucional necessário para realizar seu verdadeiro eu. Na verdade, o axioma da participação individual faria pouco mais do que erguer uma barreira intransponível – o policentrismo – ao único processo social que surgiu com a promessa de preservar nossos valores constitucionais, e o ideal de individualismo diante do moderno estado burocrático – a reforma estrutural (FISS, Owen M. The forms of justice: The Supreme Court, 1978 Term - Foreword. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, 1979).

⁹⁵ FISS, The social and political foundations of adjudication, p. 125. Em sentido similar, ver: FISS, Owen. The civil rights injunction. *Indiana University Press*, 1978.

estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa injuncion é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.⁹⁶

Feitas essas considerações, é possível entender que o revisionismo — ou até mesmo a superação — das visões defendidas por Fuller serve como um mostruário compreensivo de como se iniciou a legitimar teoricamente a resolução judicial de disputas de direitos sociais em contextos policêntricos. Se, por um lado, Fuller limita o papel do Judiciário a litígios binários e circunscritos, por outro, teóricos como Abram Chayes e Owen Fiss argumentam que a jurisdição deve evoluir para abarcar também litígios de natureza pública e de impacto coletivo. Ambos os autores desafiam a visão restritiva de Fuller, propondo que o Judiciário pode e deve atuar em litígios que envolvam direitos sociais e políticas públicas – mesmo que complexos e policêntricos. Essa perspectiva apresenta uma jurisdição que se adapta aos desafios do constitucionalismo moderno e das demandas por justiça social.

Ao propor uma jurisdição que vá além dos limites impostos por Fuller, Chayes e Fiss abrem caminho para a concepção de conflitos estruturais, nos quais o Judiciário se vê compelido a intervir de forma mais profunda e transformadora. A jurisdição preventiva nesses casos não visa apenas à reparação de danos específicos, mas sim à reestruturação de sistemas e práticas que perpetuam violações de direitos fundamentais. Essa visão marca o início do desenvolvimento dos processos estruturais.

A grande virada paradigmática relativa ao papel da jurisdição, então, pode ser assim resumida: Enquanto antes se entendia que ao Judiciário cabia apenas dizer a quem a lei acode, repreendendo uma violação de direito, agora, espera-se que ele redefina o conflito, buscando sua extinção do mundo.

2.3. A jurisdição diante de conflitos estruturais

⁹⁶ FISS, Owen. As formas de Justiça. In: COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 120.

Nesse ensejo, existem pretensões que demandam que a intervenção judicial reestruture instituições que, de forma sistêmica, estão em desacordo com os objetivos constitucionalmente estabelecidos e, simultaneamente, mostram-se imunes aos mecanismos tradicionais de controle e correção políticos. Logo, a exigência constitucional de dar concretude aos direitos em jogo permite escrutinar essas instituições para nelas realizar reformas profundas.

A ideia é que, ao desestabilizar a estrutura de poder dessas instituições, o processo judicial pode criar um espaço para colaboração experimental entre as partes interessadas, o que inclui a criação de padrões flexíveis e revisáveis, em vez de ordens rígidas e prescritivas, permitindo um processo contínuo de aprendizado e adaptação dentro das instituições⁹⁷. A judicialização dos conflitos ditos estruturais permite um exame de como as instâncias judiciais se portam diante das exigências do direito material e, conseqüentemente, da necessidade de incorporar a compreensão de mundo dos envolvidos. Nesses exemplos, sustenta-se que o direito fundamental a uma tutela efetiva e a democratização da participação se retroalimentam⁹⁸.

Para além de ser o marco inicial do estudo das decisões estruturais, as décadas de experiência jurisprudencial no contexto norte-americano indicam problemáticas interessantes para as finalidades deste trabalho, que também se volta ao brasileiro. Decisões paradigmas de alteração da realidade social, em que uma pretensão específica, originada por um dano ou perigo de dano, acabava por abranger os próprios sistemas que possibilitavam a ocorrência danosa à sociedade, deram origem

⁹⁷ FISS, The social and political foundations of adjudication; SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*. Harvard Law Review, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/737. Acesso em: 15 out. 2024.

⁹⁸ “Em rápida síntese, o conceito de *efetividade* implica uma consideração de meios e fins, podendo ter-se por efetivo aquele processo que atinge as finalidades a que se destina, considerando o conjunto de objetivos implícitos no direito material e a totalidade da repercussão da atividade jurisdicional sobre dada situação de fato” (SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil de interesse público*. In: _____. (Org.). *Processo Civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 51, grifo no original).

a casos como *Holt vs. Sarver*⁹⁹ e *Roe vs. Wade*¹⁰⁰ e o já citado *Brown vs Board of Education*.

No Brasil, verifica-se a ocorrência de provimentos judiciais que visam a resolver conflitos estruturais. Com isso em vista, é possível encontrar jurisprudência inserida nessa lógica de reestruturação social a partir de uma decisão judicial, em que o foco não está somente na violação em si, mas no comportamento e na estrutura que a causa ou a favorece: casos como o desastre ambiental ocorrido em Mariana, Minas Gerais, fruto do rompimento da Barragem do Fundão¹⁰¹, o conflito acerca da exploração do carvão, em Criciúma, Santa Catarina¹⁰², ou, ainda, ações a respeito da implementação de políticas públicas¹⁰³.

Há uma dificuldade intrínseca em falar de tipologias dentro do campo dos provimentos estruturais, porque a qualidade de “estrutural” é algo que decorre antes de seus efeitos do que de seu formato¹⁰⁴. Por exemplo, uma parte da doutrina apontará a existência de provimentos estruturais em demandas de direito eminentemente privado, como nas ações de falência e de recuperação judicial¹⁰⁵ e na

⁹⁹ O Sistema prisional do estado do Arkansas, nos Estados Unidos, foi judicialmente impugnado, em um conjunto de pelo menos seis causas cujas demandas visavam à reforma completa do sistema penitenciário, como exemplo cita-se o caso *Holt vs Sarver I* (300 F. Supp. 825, 1969). Ver: VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 505.

¹⁰⁰ A partir do questionamento feito por uma mulher sobre as leis texanas que proibiam o aborto, a Suprema Corte julgou como constitucional a liberdade das mulheres grávidas abortarem (410 U.S. 113, 1973).

¹⁰¹ NUNES, Leonardo; COTA, Samuel Paiva. O caso Mariana: uma análise dos acordos homologados à luz do litígio estrutural e do regime processual em vigor. In: SOARES, Carlos Henrique; NUNES, Leonardo Silva; ÁVILA, Luiz Augusto de Lima (orgs.). *Direito em tempos de crise: soluções processuais adequadas para a tutela de direitos coletivos e individuais*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, pp. 371-389; FERRAZ, A atividade do juiz frente aos litígios estruturais, posições 11288-11318.

¹⁰² ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado, s/n, 2016. Disponível em <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2024.

¹⁰³ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 271, 272.

¹⁰⁴ Sobre a falta de consenso doutrinário sobre as características dos litígios/processos/conflitos estruturais, ver: NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 687-702; NUNES, Leonardo Silva. A certificação de processos estruturais. In: REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Coletivização e unidade do direito*. Londrina: Thoth, 2019, p. 323-343.

¹⁰⁵ “As ações concursais – como, por exemplo, a falência e a recuperação judicial – também se baseiam em problemas estruturais. Elas partem de uma situação de desorganização, em que há rompimento da normalidade e do estado ideal de coisas, e exigem uma intervenção (re)estruturante, que organize as contas da empresa em recuperação ou que organize os pagamentos devidos pela massa falida. Essa desorganização pode advir do cometimento de ato ilícito, como no caso da falência, ou não

tutela do direito à concorrência¹⁰⁶; em ações tipicamente de direito público, como nas atinentes a políticas públicas¹⁰⁷; em tutelas de natureza individual, como em demandas de reintegração de posse envolvendo movimentos sociais¹⁰⁸; e em tutelas coletivas, que, segundo Arenhart¹⁰⁹, é o aspecto em que reside a maior complexidade e a maior insuficiência de manejo pelo processo civil clássico. Pensa-se, portanto, que o que fundamentalmente dá a qualidade de estrutural a um provimento é o problema que se visa a atacar – o litígio – que exigirá um provimento do tipo estrutural. Sobre isso, conclui Ferraro:

Os casos estruturais não “chegam prontos”, mas são delineados e ganham sentido em juízo, de modo que qualquer prefixação e rigidez procedimental é totalmente imprestável para que a tutela jurisdicional seja adequada. Portanto, devem ser disponibilizadas técnicas processuais (ou até mesmo criadas soluções processuais, na

necessariamente, como no caso da recuperação judicial” DIDIER JR., Fredie; ZANNETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303, pp. 45-81, 2020. p. 48. Para uma interessante discussão sobre o enquadramento da recuperação judicial como processo estrutural, ver: DANIEL, Marina Oliveira; NUNES, Leonardo Silva. A recuperação judicial de empresas como processo estrutural. In: NUNES, Leonardo Silva (coord.); MAPA, Amanda Michelle Faria Araújo; MACHADO, Gisele Fernandes (Orgs.). *Dos litígios aos processos estruturais*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 331-366 e BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

¹⁰⁶ “No campo privado, aliás, há norma expressa que admite a criação de decisões microinstitucionais. Especificamente para a tutela do direito à concorrência, a Lei 12.529/2011 (mas, mesmo antes dela, a Lei 8.884/1994) contém diversos instrumentos que, judicial ou extrajudicialmente, autorizam o emprego de medidas que interferem em atos de dominação econômica e permitem a criação de mecanismos de acompanhamento do cumprimento dessas decisões. Assim, por exemplo, o art. 38, VII, dessa lei (e, de modo idêntico, o faz o art. 61, § 2.º, VI), prevê como sanção à prática de atos que violam a ordem econômica a adoção de ‘qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica’. O art. 52 da lei, a seu turno, estabelece que ‘o cumprimento das decisões do Tribunal [administrativo] e de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei poderá, a critério do Tribunal, ser fiscalizado pela Superintendência-Geral, com o respectivo encaminhamento dos autos, após a decisão final do Tribunal’. Enfim, prevê a lei, em diversos dispositivos (arts. 96 e 102 a 111), a possibilidade de intervenção judicial em empresa, que poderá ter seu papel limitado ao acompanhamento do cumprimento da decisão jurisdicional, ou ter função mais ampla, chegando até ao extremo de legitimar o interventor a assumir a administração da empresa (art. 107, § 2.º, da Lei).” (ARENHART, *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, pp. 7-8).

¹⁰⁷ “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 cuja situação ainda mais grave do que o autor. Poderá também estar retirando recursos – dinheiro, pessoal, tempo etc. – de outra finalidade pública essencial. E sem dúvida, estará, sempre, interferindo na gestão da política de saúde local, talvez sem sequer saber a dimensão de sua decisão” (ARENHART, *ibidem*, pp. 2-3).

¹⁰⁸ ARENHART, *ibidem*, pp. 2-3.

¹⁰⁹ *Idem*.

construção interativa e pragmática), sem apego a um modelo prefixado.¹¹⁰

Os conflitos considerados estruturais possuem similitudes relevantes e, a partir delas, é possível iniciar a elaboração de um conceito. Para este fim, reproduzimos a caracterização desses litígios elaborada por Vitorelli, a partir da superposição das seguintes características¹¹¹:

Primeiro, trata-se de um conflito de elevada complexidade, que envolve múltiplos polos de interesse, os quais se apresentam em oposições e alianças parciais (...). Segundo, o litígio estrutural implica a implementação, pela via jurisdicional, de valores públicos reputados juridicamente relevantes, mas que não foram bem-sucedidos espontaneamente, na sociedade. (...) Em terceiro lugar, o litígio estrutural se diferencia pela necessidade de reforma de uma instituição, pública ou privada, para permitir a promoção do valor público visado. Essa instituição pode ser a protagonista da violação do direito material litigioso ou pode obstaculizar a sua promoção. De todo modo, no contexto de um litígio estrutural, a tutela jurisdicional efetiva e duradoura é condicionada à alteração do comportamento institucional. Sem ele, eventuais efeitos das decisões serão minorados ou transitórios. (...) A reestruturação da instituição é o que permite a autossustentabilidade do valor promovido pela demanda. Há, portanto, litígios complexos e multipolares que não são de interesse público, bem como há litígios de interesse público que não são estruturais.

Feita essa ressalva quanto às dificuldades relacionadas à conceituação de elementos associados à qualidade “estrutural”, é necessário situar este trabalho no atual movimento político, normativo e jurídico voltado à elaboração da Lei do Processo Estrutural no Brasil. À época da realização deste estudo, foi publicado o primeiro parecer elaborado pela comissão de juristas responsável pela criação do Anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil, o qual, devido à sua relevância, integra nosso **Anexo 1**. Por maioria, a comissão aprovou a necessidade de conceituar o que é processo estrutural, e o fez nos seguintes termos:

Art. 1º [...]

§ 1º Os problemas estruturais são aqueles que não permitem solução adequada pelas técnicas tradicionais do processo comum, individual ou coletivo, e que se caracterizam por elementos como:

I - multipolaridade;

¹¹⁰ FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 167.

¹¹¹ VITORELLI, Litígios estruturais, pp. 270-272.

- II - impacto social;
- III - prospectividade;
- IV - natureza incrementada e duradoura das intervenções necessárias;
- V - complexidade;
- VI - existência de situação grave de contínua e permanente irregularidade, por ação ou omissão; e
- VII - intervenção no modo de atuação de instituição pública ou privada.

Em se tratando de litígios estruturais, para alcançar a tutela devida, a prestação jurisdicional tem como objetivo a concretização de um direito fundamental, a realização de uma política pública ou a resolução de um litígio complexo e, geralmente, multipolar, que é aquele que envolve múltiplos conflitos de interesses de grupos não coesos e, dessa forma, acaba por incidir sobre o campo da justiça distributiva, decidindo sobre objetivos sociais em contraposição¹¹².

Essa espécie de litígio vem demonstrando a necessidade de se revisar conceitos tradicionais, cujas amarras impediriam a efetividade das tutelas pleiteadas. Fala-se, por exemplo, em flexibilidade da regra da congruência objetiva externa, a qual dita a adstrição do pronunciamento judicial ao pedido do autor¹¹³. Ora, sendo o objetivo do processo a reestruturação de uma realidade, dificilmente as partes podem prever um modo de fazê-lo quando do pedido¹¹⁴. É ao longo do curso processual que várias vicissitudes do conflito se revelam, razão pela qual, segundo Nunes, “até o fim

¹¹² ARENHART, Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro; ZANNETI JR., Hermes. Processo coletivo no Brasil: sucesso ou decepção? In: REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Coletivização e Unidade do Direito* [ebook]. Londrina: Editora Thoth, 2019, capítulo 12, posições 5845-5864; COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243>. Acesso em: 1 nov. 2024; DIDIER JR., Freddie; ZANNETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. “DIDIER JR., Freddie; ZANNETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 341.

¹¹³ “Em síntese, o pedido é a condição e o limite da prestação jurisdicional, de maneira que a sentença, como resposta ao pedido, não pode ficar aquém das questões por ele suscitadas (decisão *citra petita*) nem se situar fora delas (decisão *extra petita*), tampouco ir além delas (decisão *ultra petita*). E esse limite – repita-se – alcança tanto os aspectos *objetivos* (pedido e causa de pedir) como os *subjettivos* (partes do processo). Nem aqueles nem estes podem ser ultrapassados no julgamento da demanda.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1, p. 1081).

¹¹⁴ “[É] muito difícil que o autor da demanda possa, já ao desenhar a sua pretensão, ter a exata dimensão daquilo que no futuro será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Ainda que não seja impossível que o autor consiga antecipar completamente as necessidades de proteção do direito tutelado, normalmente essa aferição só será possível ao final da demanda. Por isso, a atenuação do princípio da demanda é absolutamente necessária para a mais ajustada admissão em um sistema dos provimentos estruturais.” (ARENHART, Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro, p. 5).

da instrução probatória, em prol de garantir essa efetividade processual, deve ser franqueado ao autor adequar e modificar sua pretensão, facultando-lhe realizar acertos no seu pedido e em sua causa de pedir”¹¹⁵. A leitura do próprio CPC, quando supõe que a interpretação do pedido considera a complexidade do litígio¹¹⁶ e que a decisão judicial deve ser ajustada à realidade dos fatos¹¹⁷, desde que respeitado o contraditório, reforçam o instrumentalário jurisdicional para que se trate o conflito por inteiro¹¹⁸.

Leonardo Silva Nunes bem sintetiza a importância – e adequabilidade ao sistema processual – do que chama de postulação móvel em processos estruturais, que, segundo leciona, “nada mais é que uma flexibilização dos limites da alteração do pedido e da causa de pedir”¹¹⁹, confira-se:

Ora, se temos um Autor que, de boa-fé, traz novos elementos no curso do processo, e se queremos um processo justo, que resolva *in totum* o problema estrutural, seria contraproducente a decisão que inadmita a alteração objetiva da demanda, ainda que ultrapassada a decisão de saneamento. Essas alterações precisam ter por objeto – e isto é um limite importante – novas pretensões que guardem pertinência com a causa em debate e já estejam, mesmo que de modo incipiente, veiculadas na demanda (garantia de ampla defesa do réu). Esta ideia, aliás, está normatizada pelo art. 322, §2º, CPC, ao dispor que “a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”. Não se trata, pois, de uma inovação absoluta e completa; trata-se de elementos que auxiliam na ancoragem da causa de pedir e providências “novas”, mas que já estejam compreendidas no conjunto da postulação. Dessa forma, não se teria surpresa para a parte contrária.¹²⁰

Nesses casos, a efetividade da tutela pressupõe a apreciação do direito material, do interesse das partes e dos objetivos sociais atrelados ao exercício da jurisdição. Para se permitir a autossustentabilidade dos valores pleiteados em juízo, é necessário elaborar soluções que partam da compreensão do comportamento e da

¹¹⁵ NUNES, Leonardo Silva. Ensaio sobre a postulação móvel nos processos estruturais. In: VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo; ZANETTI JR., Hermes; REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (orgs.). *Coletivização e unidade do direito* – Vol. IV. Londrina: Thoth, 2023. Ver também: COTA; NUNES, Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público.

¹¹⁶ CPC, art. 322, § 2º.

¹¹⁷ CPC, art. 493.

¹¹⁸ ARENHART, Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro, pp. 3-7; ZANNETTI JR., Processo coletivo no Brasil, posições 5947-5957; DIDIER JR.; ZANNETTI JR.; OLIVEIRA, Notas sobre as decisões estruturantes, p. 347; COTA; NUNES. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹⁹ NUNES, Ensaio sobre a postulação móvel nos processos estruturais, p. 518.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 517.

estrutura que favorecem a violação, por meio do diálogo, cooperação e consensualidade¹²¹. O processo passa a ser uma comunidade argumentativa de trabalho, balizando a interação entre o juiz e as partes no processo constitucional¹²².

Essas intervenções exemplificam a adaptação do Judiciário brasileiro ao modelo preventivo da jurisdição, que, embora ainda em desenvolvimento, busca dar respostas mais eficazes a problemas sociais complexos. Ao inserir essa lógica em nossa jurisprudência, o Judiciário brasileiro contribui para uma justiça mais inclusiva e capaz de influenciar políticas públicas.

2.4. Retornando a Fuller: o juiz tem acesso à complexidade do conflito?

Quando Fuller propôs que conflitos policêntricos – ou, segundo os conceitos delineados acima, estruturais – não deveriam ser decididos pelas instâncias judiciais, o foco de sua preocupação era com a capacidade que o juiz tinha de acessar toda a complexidade da causa, bem como prever os efeitos que sua decisão poderia ter.

Como visto no capítulo antecedente, Fuller já previa que, em conflitos policêntricos, a tomada de decisão funcionava como o tensionamento de uma teia de aranha. Isto é, cada pequena alteração na estrutura trará consequências imprevisíveis ao todo, o que pode ser feito com racionalidade apenas mediante experiência. Para ilustrar seu ponto, ele fala no técnico de futebol e na sua capacidade de fazer alterações no time. Cada jogador alocado/deslocado e cada opção tática é tomada considerando a multiplicidade de fatores inerentes e o conhecimento de causa técnica. Nesse exemplo, o juiz, que não estava imerso na realidade do esporte nem tem a expertise exigida pela posição de técnico, não teria como quantificar sua influência na escolha entre um jogador ou outro.

Entendemos que sua crítica ainda tem lugar de ser, mas com um recorte importante: não se pretende discutir se o *Judiciário deveria julgar* casos de natureza

¹²¹ NUNES, Leonardo Silva. Notas sobre a consensualidade nos processos estruturais. In: VITORELLI, Edilson; et al. (orgs.). *Coletivização e unidade do direito* – Vol. II. Londrina: Thoth, 2020; SALLES, Processo civil de interesse público, pp. 47, 56; VITORELLI, Litígios estruturais, pp. 271, 272; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Acordos nos processos estruturais. In REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Coletivização e Unidade do Direito* [ebook]. Londrina: Editora Thoth, 2019, capítulo 26, posição 12297.

¹²² MITIDIERO, Daniel. Processo constitucional e direito ao diálogo no processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 862-863.

estrutural, à luz da separação de poderes e às críticas ao ativismo judicial, mas como encarar alguns dos entraves a uma resposta efetiva.

A partir do que foi abordado até o momento, foi delineada uma premissa que orientará o trabalho como um todo: em um contexto epistemologicamente regido pelo constitucionalismo, não faz mais sentido pensar nas formas antes da substância. Em outras palavras, há implicações práticas e principiológicas atreladas à jurisdição que impõem o dever de prestar uma justiça substantiva, de modo que são essas exigências que orientam as formas da jurisdição, e não o contrário¹²³.

Fazendo coro a Arenhart e Osna:

[S]ustentar que os processos estruturais violam a “separação de poderes”, ou configuram caso indesejado de “ativismo judicial”, nada mais é do que culpar o cirurgião por utilizar um meio ótimo para realizar intervenção que foi clinicamente prescrita. Em poucas palavras, não é a técnica estrutural quem autoriza ou desautoriza, quem viabiliza ou inviabiliza, a participação do Judiciário nessa esfera.

[...] uma coisa é estabelecer se o Judiciário deve, ou não, possuir atuação mais dilatada em aspectos originalmente atribuídos a outros Poderes; outra é, uma vez admitida essa atuação, indagar o melhor meio processual para efetivá-la. E é nessa segunda ponta, e não na primeira, que se insere a temática dos processos estruturais¹²⁴.

Em consonância com o paradigma constitucionalista e da doutrina do processo estrutural, serão abordados os dois principais núcleos do questionamento de Fuller, com foco na efetividade, divididos da seguinte forma: (i) o juiz pode prever as consequências de sua decisão? (ii) o juiz precisa saber tudo? Acrescenta-se ainda uma terceira vertente, que será trabalhada no capítulo seguinte: (iii) A qualidade da decisão final constitui o único elemento de importância?

2.4.1. O juiz pode prever as consequências da sua decisão?

Essa ilação, embora válida, tem um quê de injusta. De fato, o juiz não tem como ver o futuro. Da mesma forma, no entanto, não pode o legislador, nem o administrador,

¹²³ No contexto da deoria dos delitos (tort theory), ver conclusões similares em: KEATING, Gregory C. Form and Function in Tort Theory. Center for Law and Social Science, Research Paper Series No. CLASS22-24, 18 de agosto de 2022; BUBLICK, Ellen M. Tort Common Law Future: Preventing Harm and Providing Redress to the Uncounted Injured. *Journal of Tort Law*, v. 14, n. 2, p. 279-308, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/jtl-2022-0010>. Acesso em: 3 nov. 2024.

¹²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais – “processos estruturais” e “separação de poderes”. *Revista de Processo*, v. 331, p. 239-259, set. 2022, p. 7.

nem o especialista em políticas públicas, nem o economista, nem o técnico de futebol, e assim por diante. Por mais experiente e técnico em determinada área que seja o sujeito em exame, a capacidade de prenúncio é seriamente limitada.

A pergunta, então, pode ser mais adequadamente reformulada da seguinte forma: *pode o juiz adaptar sua decisão em conformidade com as consequências que dela advêm?* Isso nos remete à indagação – já rejeitada – sobre se *eventuais limitações poderiam justificar a restrição da jurisdição*.

O paradigmático caso *Brown vs Board of Education* já provava que a dinamicidade exigida pela natureza da medida não se esgotava com uma única decisão: um ano após o pronunciamento da Suprema Corte acerca da inconstitucionalidade da segregação racial em escolas, os estados ainda ofereciam resistência à sua implementação, o que acarretou o reexame da questão, em decisão conhecida como *Brown vs. Board of Education II*. Nela, determinou-se que a não segregação, prevista na decisão originária, deveria ser implementada progressivamente, com a supervisão de sua execução ficando a cargo das cortes locais. Com isso, as peculiaridades locais seriam levadas em consideração e o objetivo inicial tornou-se mais factível¹²⁵.

Em processos estruturais em geral, a decisão é, usualmente, composta pela indicação de um resultado e pela estruturação da maneira de se alcançar esse estado de coisas¹²⁶. Esses dois elementos se retroalimentam ao longo do curso do processo, com seu dinamismo permitindo falar na estrutura denominada por Arenhart de “provimentos em cascata”¹²⁷:

[O]s 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

¹²⁵ FISS, The forms of justice; ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225, 2013. pp. 391-392; SOUZA, Fernando Garcia. Política educacional – Suprema Corte dos EUA – caso Brown v. Board of Education 347 U.S. 483 (1954) – julgamento em 17 de maio de 1954. In COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Orgs.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017. pp. 251-257. Ver, para interessante análise crítica da decisão em comento, explorando o movimento político por detrás: PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2019.

¹²⁶ DIDIER JR.; ZANNETI JR.; OLIVEIRA, Notas sobre as decisões estruturantes, p. 342.

¹²⁷ ARENHART, Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro, p. 6.

‘principlológica’, 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.

Portanto, o provimento jurisdicional seria inevitavelmente continuado, por serem necessários ajustes e fiscalizações constantes, de forma a construir uma rede de decisões encadeadas¹²⁸. Embora isso aumente a complexidade da atuação jurisdicional, não deve ser visto como um entrave, mas exige que o processo de execução seja colocado em evidência, reconhecendo-o como importante forma de alteração no mundo sensível e perseguição de atividades materiais, como propunha Barbosa Moreira. Voltar-se, como tradicionalmente era feito, à execução forçada era, a seu ver, uma maneira pouco satisfatória de se garantir eficácia prática à execução¹²⁹.

De maneira semelhante, Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹³⁰, já no contexto do CPC de 2015, sustentam que a organização do processo civil a partir de suas atividades processuais, divididas em conhecimento e execução, não é suficiente quando se tem em vista a construção do processo civil a partir da tutela dos direitos e do contexto fático. Sustentam que essas atividades, ao fim e ao cabo, são sincréticas¹³¹.

Desse modo, a verdadeira compreensão sobre o direito a ser tutelado e sobre a melhor maneira de fazê-lo ocorre durante o desenrolar processual e demanda a proliferação de uma rede de decisões interligadas, o que reverbera com as conclusões de Chayes quando apontou que o litígio de direito público – ou então, estrutural – exigiria um modelo próprio diverso da lógica adversarial e bipolar, a qual permeava o imaginário de Fuller.

¹²⁸ OSNA, Nem "tudo", nem "nada", p. 362.

¹²⁹ BARBOSA MOREIRA, Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, pp. 38, 39.

¹³⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *O Novo Processo Civil*, p. 572.

¹³¹ “Tanto o processo de conhecimento como o processo de execução, como esboçados no Novo Código, são processo sincréticos: o processo de conhecimento admite fase de cumprimento de sentença, em que se desenvolve atividade executiva; o processo de execução admite cognição ao, por exemplo, permitir a declaração de ineficácia da arrematação nos seus próprios autos. Rigorosamente, o processo de conhecimento não é de conhecimento tão somente, nem o processo de execução de pura execução.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *O Novo Processo Civil*, p. 573).

De modo geral, no contexto de litígios estruturais, emprega-se a categoria de execuções atípicas, invocando os artigos 139, IV e 536, § 1º, ambos do CPC¹³², combinados com técnicas de cumprimento de obrigação de fazer e não fazer¹³³. A essa característica soma-se a necessidade de imediatismo quanto à implementação das decisões, para que se possa proceder à fiscalização e à adequação das providências tomadas aos resultados almejados. Para este fim, há instrumentos no CPC que permitem o início da atividade executiva antes do final da cognição, como o regime da tutela provisória e a possibilidade de julgamento parcial de mérito (art. 356)¹³⁴.

Ainda que não exista uma "receita de bolo" para a implementação da decisão-núcleo, e que os institutos práticos mencionados acima possam se revelar insuficientes, a segunda parte da pergunta ("*Eventuais limitações justificam a restrição da jurisdição?*") recebe uma resposta negativa não apenas em termos dogmáticos, mas também em termos procedimentais.

Com efeito, para que o Judiciário brasileiro possa dar respostas efetivas a litígios em geral, o Código de Processo Civil de 2015 reconhece a necessidade de flexibilidade processual. Essa evolução processual permite que o Judiciário aja de forma mais adaptável, com provisões para tutela provisória e julgamentos parciais, que se mostram essenciais para o acompanhamento e a execução de decisões estruturais em processos de longo prazo.

Para fundamentar a existência da flexibilidade processual, a qual pode atender às exigências que surjam em decorrência da complexidade do conflito, é importante

¹³² "Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária" e "Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial".

¹³³ ZANNETI JR., Processo coletivo no Brasil, posição 5957; JOBIM, Marco Felix. "A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro". In ZANNETI JR., (Coord.). *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 230-232.

¹³⁴ VITORELLI, Litígios estruturais, p. 306.

atrelar o processo à consecução do direito material, em conformidade com a doutrina da instrumentalidade do processo¹³⁵.

Reitera-se: se Fuller pensava que a insuficiência processual justificava deixar desatendido o direito material, agora, a ordem dos valores é invertida: a insuficiência processual não pode dar causa ao não atendimento do direito material.

No Brasil, o legislador se atentou a esse caráter instrumental, quando da elaboração do Código de Processo Civil de 2015, instituindo normas processuais abertas que oferecem, tanto às partes quanto ao juiz, o poder de escolha dos instrumentos adequados à tutela do direito¹³⁶. Além do mais, o juiz também pode suprir omissões na lei, diante da ausência do instituto processual adequado ao caso concreto, mediante a técnica de controle de constitucionalidade por omissão¹³⁷.

A possibilidade de o juiz ir além do texto da lei para dar proteção ao direito decorre, dentre outros motivos, do reconhecimento da impossibilidade de se prever todos os contornos das necessidades dos direitos materiais. Por óbvio, essa liberdade tem amarras: ao juiz é imposto o dever de fundamentar sua escolha, justificando-a com base no critério da proporcionalidade, que impõe a opção pelo método mais adequado à situação concreta e menos restritivo à esfera jurídica da parte contrária¹³⁸.

Esse limite à subjetividade do juiz é algo de suma importância e traz à tona a máxima de que o exercício do poder de adequação processual ao caso concreto só é

¹³⁵ Sobre flexibilidade processual e procedimental, ver: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008; NUNES, configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais, p. 687-702; DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Gênesis de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, p. 530-541, jul./set. 2001; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 82, n. 3, p. 165-187, jul./set. 2016; LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado *et al* (coords.). *Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 251-258.

¹³⁶ “O legislador é hoje consciente da necessidade de dar aos jurisdicionados e ao juiz maior poder para a utilização do processo. E por isso que institui normas processuais abertas, isto é, normas que oferecem um leque de instrumentos processuais, dando ao cidadão o poder de construir o modelo processual adequado e ao juiz o poder de utilizar a técnica processual idônea à tutela da situação concreta. Ao fixar tais normas, o legislador parte da premissa de que, por ser impossível prever todas as necessidades futuras e concretas, é imprescindível dar poder às partes para a identificação e a utilização dos meios processuais adequados às variadas situações. É correto falar, nesse sentido, em concretização da norma processual, isto é, na aplicação da norma processual no caso concreto ou, ainda, na identificação e utilização da técnica processual - apenas autorizada pela norma - adequada às necessidades concretas.” MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *O Novo Processo Civil*, p. 131.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *ibidem*, pp. 132-135.

legítimo diante de sua fundamentação. Com isso em vista, o Código de Processo Civil dedicou-se com cautela à fundamentação da sentença, referindo expressamente o que entende por uma decisão *não* fundamentada¹³⁹, o que nos permite, como fez Daniel Mitidiero, identificar o que seria uma decisão *fundamentada*. Por isso, transcreve-se sua lição:

Em outras palavras, para que uma decisão possa ser considerada *como fundamentada*, à luz dos arts. 93, inciso IX, CRFB, e 7º, 9º, 10, 11 e 489, §§ 1º e 2º, CPC, exige-se: i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para; i.i) individualização das normas aplicáveis; i.ii) verificação das alegações de fato; i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente apropriada.¹⁴⁰

A partir das posições apresentadas, tem-se que a inafastabilidade do controle jurisdicional e a busca pela efetividade dos meios de proteção aos direitos impõe ao Judiciário o dever de responder às demandas de judicialização com um papel ativo - mas sempre justificado - de criação processual. Nesse ensejo, pensa-se não haver, *a priori*, razões institucionais para classificar o Poder Judiciário como incapaz de alcançar as especificidades do conflito.

É possível concluir, portanto, que o direito processual reforça as possibilidades para que o juiz promova a adaptabilidade e continuidade que Fuller entendia

¹³⁹ CPC, art. 489, § 1º: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

¹⁴⁰ MITIDIERO, Processo constitucional e direito ao diálogo no processo, pp. 855-856, grifos no original. Ver também PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; NERY, Rodrigo. A fundamentação como um dos pressupostos de existência das decisões judiciais. *Revista de Processo*, v. 328, 2022; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 489, §1º, incisos V e VI, do CPC de 2015: justificação da decisão judicial e o argumento por precedente. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). *O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do art. 489*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

impossível, razão pela qual passa-se, de forma singela, a rejeitar o primeiro fundamento que embasava sua ideia limitadora.

2.4.2. O juiz pode entender tudo?

Segundo Fuller, o juiz não pode saber tudo, o que justificaria, para ele, a incompetência das cortes em julgar conflitos policêntricos. Discordamos dessa visão. De fato, não se espera que o juiz - nem qualquer outra pessoa - conheça todos os meandros e influências que envolvem determinado conflito. A pergunta, no entanto, deveria ser outra: *o Judiciário está disposto a compreender?*

Com esse questionamento em mente, é possível acomodar as inquietações de Fuller de forma mais alinhada a uma visão crítica do direito e menos restritiva, refletindo se, em contextos de múltiplos centros de decisão, o Poder Judiciário tem se mostrado aberto ao diálogo, especialmente com aqueles impactados pela atuação judicial.

Essa mudança na formulação da pergunta acompanha a centralidade que deve ser dada ao problema que se busca enfrentar quando do julgamento de um litígio. Isso implica, conforme aponta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a valorização do diálogo como elemento essencial para a formação do juízo, alcançado por meio da cooperação entre as partes e os órgãos judiciais. Essa necessidade se intensifica em situações de extrema complexidade, como nos conflitos estruturais, mas não se limita a esses casos. Pode-se dizer, na verdade, que essa é uma consequência do próprio modo de se entender o direito, como defende o autor:

[A] interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. E essa constatação ainda mais se reforça pelo reconhecimento de que todo direito litigioso apresenta-se incerto de forma consubstancial¹⁴¹.

Busca-se, portanto, apresentar dois posicionamentos em resposta. O primeiro refere-se às exigências dogmáticas de compreensão do conflito à luz do paradigma constitucionalista e aos reflexos no instrumental processual dialógico à disposição do

¹⁴¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Seção Artigos, s/p. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20formatado.pdf)>. Acesso em 5 mar. 2023.

juiz, indicando que este possui a flexibilidade necessária para abarcar as perspectivas de quem vivencia o conflito. O segundo posicionamento ressalta as insuficiências decorrentes da utilização meramente formal desses institutos, análise embasada em pesquisas empíricas que evidenciam a prática real, em contraste com o ideal teórico de um Judiciário dialógico e participativo.

2.5. O aspecto dialógico: possibilidades

Pensando em termos dogmáticos, volta-se ao paradigma constitucionalista. A jurisdição ou justiça constitucional pode se manifestar, como ensina Cappelletti, por meio de diferentes estruturas, mas, quanto ao seu aspecto funcional, há uma unidade: “a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional”¹⁴². Naturalmente, sua expressão melhor sistematizada é o controle judicial sobre a legitimidade constitucional das leis. No entanto, como a Constituição condiciona o sentido de ser de todas as normas infraconstitucionais, Barroso afirma que toda interpretação jurídica é também uma interpretação constitucional, e qualquer operação do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição¹⁴³.

Quando Häberle fala em uma interpretação da Constituição focada na realidade constitucional, ele o faz a partir dos agentes do processo interpretativo. Em sua visão, a contemporaneidade deve promover a passagem de uma sociedade fechada de intérpretes da Constituição, a qual restringe a capacidade de participação àqueles vinculados às corporações e ao processo constitucional formal, para uma sociedade

¹⁴² “Todas estas manifestações da ‘justiça constitucional’ podem, de certo, reduzir-se a unidade, pelo menos, sob seu aspecto funcional: a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional. No entanto, é indubitável a profunda diferença estrutural que intercorre entre aquelas várias manifestações pelo que bem se pode justificar uma exposição limitada a apenas uma delas - limitada, particularmente, àquela que de todas é provavelmente a mais importante, ou seja, o controle judicial sobre a legitimidade constitucional das leis.” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984. pp. 25-26).

¹⁴³ “A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. *Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição*. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.” BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. In GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; NERO, Patrícia Aurélia Del. (Orgs.). *Neoconstitucionalismo em Perspectiva*. Viçosa: Editora UFV, 2014. p. 36, grifos nossos.

aberta, na qual “estão potencialmente vinculadas todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”¹⁴⁴.

Se o que se quer é a integração da realidade ao processo de interpretação, a abertura mencionada decorre do fato de que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la”¹⁴⁵. Promove-se, dessa forma, uma democratização da interpretação constitucional, incluindo o destinatário da norma aos participantes do processo interpretativo.

A incorporação dessa tendência dialógica ao direito processual torna-o mais alinhado a diversos compromissos internacionais adotados pelo Brasil, que o orientam a incluir ativamente os grupos afetados pelas escolhas políticas. A título de exemplo, cita-se a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento¹⁴⁶, que promove a participação do público interessado no processo de decisão sobre o tratamento de questões ambientais; a convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente (Convenção de Aarhus)¹⁴⁷, que prevê que os países signatários devem promover a

¹⁴⁴ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. *Revista Direito Público*, v. 11, n. 60, 2014. p. 27.

¹⁴⁵ HÄBERLE, *idem*.

¹⁴⁶ “Princípio 10: O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis. No plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, inclui da a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo a suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento de danos e recursos pertinentes.” Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf>. Acesso em 5 mar. 2023.

¹⁴⁷ Ver, por exemplo: “Artigo 6º Participação do público nas decisões referentes a actividades específicas (...) 2. O público envolvido será informado de forma adequada, atempada e efectiva, na fase inicial de um processo de tomada de decisões em matéria ambiental, através de aviso público ou individualmente, designadamente: a) Da actividade proposta e do pedido relativamente ao qual será tomada uma decisão; b) Da natureza das eventuais decisões ou do projecto de decisão; c) Da autoridade pública responsável pela adopção da decisão; d) Do procedimento previsto, incluindo como e quando podem ser comunicadas: i) as informações sobre o início do processo, ii) as informações sobre as possibilidades de participação do público, iii) as informações sobre o momento e local de realização das audições públicas previstas, iv) a indicação da autoridade pública junto da qual seja possível obter a informação relevante e à qual esta informação tenha sido confiada para exame pelo público, v) a indicação da autoridade pública ou qualquer outro órgão oficial para o qual possam ser enviados comentários ou questões, assim como o prazo de apresentação desses mesmos comentários ou questões, e vi) a indicação da informação ambiental disponível relevante para a actividade proposta; e ainda e) Do facto de a actividade estar sujeita a um procedimento transfronteiriço de avaliação de impacto ambiental (...) 8. Cada parte garantirá que, na decisão, seja tido em devida conta o resultado

participação do público em atividades ambientais específicas; e a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais¹⁴⁸, que impõe a necessidade de se consultar os povos interessados quanto às medidas legislativas e administrativas que os afetem, visando ao consentimento acerca das medidas propostas.

A sociedade, em sua aceção pluralista, possui a legitimidade necessária para integrar o polo ativo da interpretação por representar “um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição”¹⁴⁹, configurando expressão de sua cidadania o potencial de atuar como mediadora do processo político e da práxis cotidiana.

A democratização, dessa forma, deve alcançar o sentido da norma – a matéria –, para se ajustar aos anseios da justiça social, mas também é necessário se pensar em como os procedimentos que a envolvem permitem, impulsionam ou restringem esse movimento, pela via da forma. O processo jurisdicional, assim como os outros ramos de atuação do poder estatal, deve refletir o Estado Democrático de Direito, e seus procedimentos devem ser analisados à luz da necessidade de se promover um processo que permita o compartilhamento de olhares entre os jurisdicionados e o juiz¹⁵⁰. Logo, não apenas a ideia de equidistância entre as partes é superada, como

da participação do público (...). Convenção de Aarhus, 1998. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:22005A0517\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:22005A0517(01)&from=PT)>. Acesso em 5 mar. 2024.

¹⁴⁸ “Artigo 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas. Artigo 7º. 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. (...)” Convenção nº 169, 2004. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecao169.pdf/view>>. Acesso em 5 mar. 2024.

¹⁴⁹ HÄBERLE, Hermenêutica Constitucional, p. 38.

¹⁵⁰ Ver: MORAES, Daniela Marques de. *A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015; CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*; MARINONI, *Novas linhas do processo civil*.

se passa a exigir condutas dialógicas do juiz, conforme ensina Humberto Theodoro Jr.:

Para que o processo de fato mereça o qualificativo de democrático/justo, e se torne real o clima de colaboração entre o juiz e as partes, a nova lei impõe uma conduta leal e de boa-fé, não só dos litigantes, mas também do magistrado, a quem se atribuíram os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os sujeitos interessados na correta composição do conflito, criando-se um novo ambiente normativo contrafático de indução à comparticipação (em decorrência dos comportamentos não cooperativos)¹⁵¹

Se o sistema jurídico deve ser voltado à consecução de resultados práticos, à substância, e não só às formas, e se a Constituição contém os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, o mesmo ocorre com o sistema processual, sendo por meio dele que os valores fundamentais podem buscar sua efetividade¹⁵². Segundo Tucci¹⁵³, a vertente constitucional, dessa forma, impõe duas exigências ao direito processual: a precisão formal e a justiça substancial¹⁵⁴.

No direito processual contemporâneo, então, em vez de se pensar as normas processuais como valores autônomos ou como um mero ordenamento de atividades, reconhece-se sua natureza instrumental em relação à efetividade do direito material,

¹⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105, de 16.03.2015: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁵² “Sem nenhum exagero, é impensável falar-se em uma ‘teoria geral do direito processual civil’ que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada e extraída dela, convidando, assim, a uma verdadeira inversão do raciocínio useiro no estudo das letras processuais civis. O primeiro contato com o direito processual civil se dá no plano constitucional e não no do Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar, necessariamente, às diretrizes constitucionais” (BUENO, Cássio Scarpinella. O ‘modelo constitucional do direito processual civil’: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. In JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Máira Terra. (Orgs.). *Processo Civil - Novas tendências - Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* Belo Horizonte: Del Reu, 2008, v. 1. p. 160).

¹⁵³ TUCCI, José Rogério Cruz e. As garantias constitucionais do processo civil no aniversário dos 30 anos da Constituição Federal. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do prof. Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 193.

¹⁵⁴ “A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.” (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 23). Em sentido similar, a lição de Junoy: “*Como hemos tenido ocasión de advertir, bajo la nueva perspectiva post-constitucional el problema del proceso no solo hace referencia a su ser, es decir, a su concreta organización según las leyes de enjuiciamiento, sino también a su deber ser, es decir, a la conformidad de su regulación positiva con las previsiones constitucionales.*” [Em tradução livre: Como já tivemos ocasião de alertar, na nova perspectiva pós-constitucional o problema do processo não se refere apenas ao seu ser, isto é, à sua organização concreta segundo as leis de ajuizamento, mas também ao seu dever ser, isto é, à conformidade de sua regulação positiva com as disposições constitucionais] (JUNOY, Joan Picó I. *Las garantías constitucionales del proceso*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2002. p. 39).

à luz da Constituição¹⁵⁵. Nessa ordem de ideias do processo enquanto resposta ao conflito, aderimos às ideias de Arenhart e Osna:

[F]alar em “processos estruturais” é, antes de tudo, fazer menção a uma adaptação do processo voltada a lidar de maneira mais adequada com problemas complexos ou multipolares que batem em sua porta. Sob esse ângulo, o mecanismo deve ser entendido como um caminho para a otimização da atividade jurisdicional¹⁵⁶.

Quiçá algumas das barreiras existentes, então, estejam na postura do próprio juiz, quando não adota essa postura dialógica, nem percebe que o adequado dimensionamento das pretensões dos grupos que serão impactados pela decisão só poderá ser obtido por métodos dialógicos¹⁵⁷.

Quando se fala em políticas públicas, por exemplo, a visão do conflito seria deficitária caso fosse adstrita a uma lógica adversarial. Isso porque não se trata de perdedores e vencedores, mas de interesses plúrimos, que, inclusive, podem convergir. Nesse sentido, Arenhart fala na necessidade de revisão do conceito do contraditório¹⁵⁸, de forma a abarcar o direito dos diversos núcleos de interesse sobre o processo. Desse modo, reconhece-se a relevância das soluções consensuais e o valor de instrumentos que permitam contribuir com o dimensionamento do problema e com a elaboração de soluções¹⁵⁹.

¹⁵⁵ “[M]ais do que instrumentalidade existe uma *interdependência* entre direito material e processo, na qual o último se vocaciona à realização do primeiro, mas este depende daquele para ser levado a termo”. (SALLES, Processo civil de interesse público, p. 46). No mesmo sentido, Dinamarco: A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.” DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 23. Ver também MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *O Novo Processo Civil*, pp. 58-70; 124, 125.

¹⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais – ‘processos estruturais’ e ‘separação de poderes’. *Revista de Processo*, v. 331, p. 239-259, 2022, p. 6.

¹⁵⁷ VITORELLI, Litígios estruturais, p. 304.

¹⁵⁸ “É nesse sentido que se exige uma outra dimensão e um novo conteúdo para o contraditório. O direito de influir, aqui, deve poder ser exercido pelos vários núcleos de interesses que podem incidir sobre o objeto da controvérsia, seja diretamente pelos interessados (quando possível), seja por meio de ‘representantes adequados’ de tais interesses, seja ainda pelos especialistas que possam contribuir com o aporte de uma visão mais adequada e correta do problema e de eventuais soluções possíveis.” (ARENHART, *Processos estruturais no direito brasileiro*, s/p).

¹⁵⁹ “A realização de reuniões, audiências públicas, inspeções in loco, pesquisas quantitativas e qualitativas com os integrantes da sociedade, busca de apoio dos órgãos públicos e entidades da sociedade civil são técnicas que podem permitir o adequado equacionamento das pretensões dos subgrupos.” (VITORELLI, Litígios estruturais, p. 304). Ver: NUNES, Leonardo Silva. Notas sobre a consensualidade nos processos estruturais. In: VITORELLI, Edilson; et al. (orgs.). *Coletivização e unidade do direito* – Vol. II. Londrina: Thoth, 2020; ARENHART, *Processos estruturais no direito brasileiro*.

Para além da exigência de diálogo conforme as especificidades do direito material, como usualmente é feito nos documentos internacionais, espera-se que essa postura seja reconhecida como necessária diante da própria configuração do litígio: ao fim e ao cabo, como componente de uma prestação eficiente da tutela dos direitos¹⁶⁰.

Com base em todo o exposto, pode-se perceber que os novos contornos das lides impulsionam o direito a se adaptar às complexidades sociais. Cada vez mais é esperado que o tratamento de um conflito oferecido pelo Judiciário não só restaure o *status quo*, mas também transforme um tecido social incompatível com os ideais de justiça e com os preceitos fundamentais. Encara-se um conflito visando às oportunidades de modificações sociais que dele adviriam¹⁶¹.

Não basta, contudo, que a adaptação seja apenas no plano dos resultados concretos da resolução dos litígios. É necessário aprofundamento ao direito processual, alargando suas amarras tradicionais para a mudança de papel exercida pelo sistema jurisdicional. Assim sendo, defende-se que a efetivação da solução estrutural parte do sincretismo das atividades processuais de cognição e executivas, harmonizado à lógica de fiscalização e adequação dos provimentos jurisdicionais.

Ademais, a atuação dialógica do magistrado para com os envolvidos é peça chave para a verdadeira compreensão da estrutura que permitirá a resolução efetiva do processo, a fim de subsidiar a tomada de decisão com elementos fora de sua área de expertise¹⁶².

Com isso em vista, reconhece-se a existência de institutos processuais que prestam o papel de permitir o diálogo com aqueles que são impactados, de maior ou menor maneira, pelos efeitos de um processo. Alguns exemplos são a admissão de

¹⁶⁰ Para análise sobre a efetiva racionalização da atividade jurisdicional quanto às prestações estruturais, para além dos critérios materiais, ver FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, 2018.

¹⁶¹ “Uma vez mais, porém, tem sido recorrente nesse campo a percepção de que o processo civil, para ser efetivo, deve se valer de um enfoque prospectivo; de que não é factível uma pronta e imediata recomposição do problema, exigindo-se um olhar futuro capaz de aprimorar, gradualmente, a situação”. (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais – ‘processos estruturais’ e ‘separação de poderes’. *Revista de Processo*, v. 331, p. 239-259, 2022, p. 5).

¹⁶² Cfr. LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Processo coletivo, estrutural e dialógico: o papel do juiz-articulador na interação entre os partícipes na ação civil pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 21, n. 84, p. 169-198, abr./jun. 2021, p. 192.

*amicus curiae*¹⁶³ e a convocação de audiências públicas¹⁶⁴, além das criações processuais que podem vir a ser utilizadas de acordo com cada caso concreto, como sustentado anteriormente¹⁶⁵. Assim, espera-se possibilitar a abertura ao rol de interessados levantados por Ferraro, o qual cumpre reprodução:

[S]eria necessária abertura da participação para aqueles indivíduos, grupos ou organizações (i) afetados, (ii) responsáveis pela adoção das medidas para realizar a mudança necessária, (iii) possuidores de conhecimento relevante ou (iv) em uma posição que lhes permite bloquear a realização do remédio, sendo que esses participantes no mínimo poderiam apresentar fatos, falar sobre fatos apresentados e propor soluções ou manifestar-se sobre as propostas¹⁶⁶.

Digno de nota mencionar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atento à necessidade de se ampliar o escopo do debate no âmbito do Judiciário, emitiu uma recomendação formal para que os Tribunais brasileiros “considerem a realização de consultas ou audiências públicas em processos nos quais a eficácia da decisão possa atingir um grande número de pessoas”¹⁶⁷. Em seus motivos e justificativas, o CNJ menciona “a necessidade de reunir esforços para a adoção de soluções inovadoras e eficazes que concretizem o princípio constitucional de amplo acesso à Justiça”, bem como o fato de que “as consultas e audiências públicas [...] vêm sendo utilizadas judicialmente em diversos tribunais do país, a fim de concretizar um debate mais plural e inclusivo, abrangendo um número maior dos interessados ou potenciais atingidos pelas decisões a serem tomadas”.

¹⁶³ Art. 138, CPC: “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

¹⁶⁴ Um exemplo é o previsto na Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Reproduz-se: “Art. 9º, §1º: Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

¹⁶⁵ Recomenda-se a leitura do Anteprojeto de Lei do Processo Estrutural, constante do Anexo 1 deste trabalho, especialmente de seu art. 8º, que trata de técnicas processuais à disposição do juízo.

¹⁶⁶ FERRARO, *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*, p. 169.

¹⁶⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 158, de 15 de outubro de 2024. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/acesso-a-informacao/qualidade-regulatoria-1/manual-elaboracao-atos-normativos_v2-0.pdf. Acesso em: 12 nov. 2024.

O instrumentário parece se adequar à teoria para que se possa pensar o processo como capaz de dar conta desses litígios. Defende-se, em suma, que a efetividade dos provimentos jurisdicionais, em se tratando dos litígios estruturais, está amparada no CPC e nas vertentes contemporâneas de compreensão do processo. Nesse sentido, a prática e o suporte do direito material são indicativos imprescindíveis de que o Judiciário está, progressivamente, exercendo o papel de transformador social.

Há, contudo, espaço para se questionar se, na prática, os instrumentos dialógicos alcançam os fins esperados. A análise desses elementos revela que, para enfrentar conflitos estruturais, a jurisdição preventiva precisa transcender as amarras do processo adversarial tradicional, adotando uma abordagem dialógica e adaptável. Ao conectar esses princípios com as normativas e inovações processuais, o Judiciário brasileiro se vê diante do desafio de consolidar uma atuação mais proativa e transformadora, que respeite as complexidades dos conflitos sociais e institucionais. Com base nisso, prepara-se o terreno para examinar, no tópico seguinte, as insuficiências de uma postura meramente formalista de uma atuação que se pretenda dialógica.

2.6. O diálogo, a prática e o papel do juiz

Assentada a premissa de que o juiz pode criar, flexibilizar e dialogar, com a finalidade de melhor compreender o conflito que pretender, reprimir ou prevenir, – desde que essa postura conte com a adequada fundamentação e respeito ao contraditório e ao processo legal –, é de se perguntar: *isso acontece?* Pergunta-se, nesse sentido, como os instrumentos de inclusão dialógica parecem influenciar o modo como o processo decisório ocorre¹⁶⁸.

Os mecanismos de inclusão dialógica, como a admissão do *amicus curiae* e a convocação de audiências públicas, possuem significados relevantes, conferindo um caráter participativo às decisões emanadas de um poder que enfrenta a dificuldade contramajoritária, como o Judiciário. Sobre o tema, reproduz-se trecho de uma

¹⁶⁸ Mello fala na “vida como ela é”, para sustentar que “uma parte fundamental da compreensão do que o Direito é depende do adequado entendimento de como os juízes e as cortes decidem, dos fatores e argumentos que importam em uma perspectiva empírica” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: Comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, n. 8, 2018. s/p).

relevante decisão do Supremo Tribunal Federal, na qual se exaltou a importância do *amicus curiae*:

(...) pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade¹⁶⁹.

A fim de evidenciar a relevância dessa abertura dialógica, o já mencionado Anteprojeto de Lei do Processo Estrutural estabelece a participação dos grupos impactados como uma *norma fundamental do processo estrutural*:

Art. 2º São normas fundamentais do processo estrutural: [...]
 III - diálogo entre o juiz, as partes e os demais interessados, inclusive os potencialmente impactados pela decisão, para a construção de um contraditório efetivo na busca da solução plural e adequada;
 IV - participação dos grupos impactados, mediante a realização de consultas e audiências públicas e outras formas de participação direta e indireta;

Essas figuras auxiliam, é certo, na legitimidade das decisões, mas é necessário que sua utilização seja voltada à compreensão de causas e à confecção de conclusões¹⁷⁰. É fundamental, dessa forma, verificar *como* o fomento ao diálogo interfere no processo decisório, para além de constarem no decorrer do processo. Ou seja, se os argumentos e as informações levantadas durante a ocorrência de mecanismos dialógicos são levados em conta pelo poder Judiciário¹⁷¹.

¹⁶⁹ ADIn- MC 2.321-DF, Relator: Ministro Celso de Mello.

¹⁷⁰ Adota-se o entendimento que Ferraro traz sobre os problemas estruturais a outras demandas: “não é qualquer mecanismo agregativo ou forma de coletivização que será satisfatória ou adequada para a hipótese de problema estrutural, especialmente porque o que importa não é uma abordagem coletiva somente em termos quantitativos, e sim qualitativos, com foco em causas e soluções” (FERRARO, Marcella Pereira. Litígios estruturais no processo constitucional: potencialidades e limitações de reformas estruturais via *habeas corpus*. In MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1080).

¹⁷¹ GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar?. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 60, n. 3, pp. 137-159, 2015. p. 142. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/42513/26943>>. Acesso em 5 mar. 2023. Ver algumas das inquietações de Conrado Huber: “Qual a melhor forma de o STF garimpar os argumentos de todos os possíveis atores interessados na causa? A audiência pública adiciona algo ao instrumento do amicus curiae? Caso a virtude particular da audiência pública seja a deliberação, como selecionar os deliberadores? Qual deve ser sua qualificação? Por que não realizar a audiência pública com os

Na literatura e na dramaturgia, espera-se do escritor que todos os elementos de uma história sejam relevantes para a narrativa, conforme o que se convencionou chamar de “arma de Chekhov”, princípio que orienta que cada escolha de palavras seja feita de forma consciente, sobretudo quando o elemento mencionado carrega significados intrínsecos¹⁷². De modo geral, todos os elementos de uma boa história cumprem um papel, especialmente aqueles que criam uma expectativa prévia no leitor.

A aplicação do direito, no entanto, não exige as mesmas regras aplicáveis às formas de expressão literárias e dramáticas. De fato, a menção a conceitos repletos de significados legitimadores, como os elementos dialógicos mencionados acima, nem sempre reflete resultados significativos na condução de um processo. Nesse sentido, a doutrina tem apresentado algumas indicações sobre a (in)efetividade qualitativa desses instrumentos, com base em pesquisas empíricas voltadas à análise argumentativa de como as cortes incorporam e dialogam com a gama informacional gerada pelo envolvimento com cidadãos e instituições.

Nota-se que os dados gerados são mais facilmente coletados quando se reduz o escopo ao Supremo Tribunal Federal e sua relação com os instrumentos de admissão de *amici curiae* e convocação de audiências públicas. Serão destrinchados, a seguir, alguns importantes apontamentos.

Ferreira e Gonet Branco realizaram pesquisa sobre os processos de competência do STF que admitiram a figura do *amicus curiae*, entre 1990 e 2015, procedendo em análise do nível de consideração expressa dos argumentos e informações produzidas pelos *amici* admitidos. Os resultados encontrados indicam uma baixa permeabilidade dialógica, confira-se:

advogados dos amici curiae? Qual deve ser o processo e a duração da deliberação?”. MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena (Org.). Direito e interpretação - Racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 355-356.

¹⁷² Esse conceito faz referência a falas do dramaturgo Anton Chekhov e pode ser assim sintetizado: 'If a gun hangs on the wall in act one, it must go off by act three. Otherwise, it should not be there.' The Russian playwright, Anton Chekhov, wrote this in different ways in letters to friends, arguing that elements that do not drive the plot give false promises and have to go" [Em tradução livre: "Se uma arma está pendurada na parede no primeiro ato, ela deve disparar até o terceiro. Caso contrário, não deveria estar lá." O dramaturgo russo Anton Chekhov escreveu isso de diferentes maneiras em cartas a amigos, argumentando que elementos que não impulsionam a trama criam falsas promessas e precisam ser eliminados]. (LUND, Christian. Chekhov's gun and narrative topography in social science texts. *Anthropology and Humanism*, v. 46, p. 54-68, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/anh.12321>. Acesso em: 10 nov. 2024). Algumas dessas cartas são mencionadas e analisadas em PITCHER, Harvey J. *The Chekhov play*. New York: Barnes & Noble, 1973.

Os resultados demonstram que expressiva parcela das decisões do STF em processos de controle concentrado com participação de *amici curiae* não considera de forma explícita os argumentos por eles aventados (94% dos relatórios e 70% dos votos), demonstrando a fragilidade prática do instituto, de modo a confirmar a hipótese de que não há, formalmente, significativa influência sobre o processo de decisão constitucional pela via da argumentação deduzida, conforme enunciam as teorias sobre o tema. Observe-se que a possibilidade de sustentação oral por parte do *amicus curiae* pode conduzir a impressão de que os seus fundamentos são postos ao debate de modo efetivo. Contudo, essa impressão é impactada justamente em razão dessa reduzida taxa de referência aos argumentos do *amicus curiae* nos acórdãos, que, no modelo brasileiro, refletem tudo o que foi dito por cada Ministro na sessão.¹⁷³

Godoy¹⁷⁴, por outro lado, analisou os processos em que foram realizadas audiências públicas no STF e aceitos *amici curiae*, conjuntamente, no período de 2007 a 2014, para concluir que esses instrumentos influenciam sim as decisões dos ministros, ainda que “em suas decisões os ministros fazem mais referências expressas às razões e aos argumentos apresentados nas audiências públicas do que às razões e aos argumentos apresentados pelos *amici curiae*”¹⁷⁵. Em sua análise, “praticamente todos os ministros em todos os casos analisados valeram-se, de forma expressa ou não, das razões e dos argumentos expostos em audiência pública ou pelos *amici curiae*”¹⁷⁶. O autor atenta, entretanto, para o fato de que as audiências públicas não promoveram, de fato, um debate público, e acabaram por atuar como um espaço de complementação informativa. A impossibilidade de se promover um verdadeiro espaço de deliberação, a seu ver, é tolhido pela forma como as audiências públicas têm sido realizadas¹⁷⁷.

Sombra, por sua vez, chega a conclusões diferentes ao fazer estudos específicos sobre os casos da proibição das queimadas em canaviais (RE 586.224, Relator: Ministro Luiz Fux) e proibição da produção, exploração, transporte e venda de amianto no Estado de São Paulo (ADI 3.937, Relator: Ministro Marco Aurélio). No primeiro, ainda que tenham sido ouvidos 29 especialistas e representantes de

¹⁷³ FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus curiae* em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte? *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, pp. 169 – 185, 2017. p. 182.

¹⁷⁴ GODOY, As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar?

¹⁷⁵ GODOY, *ibidem*, p. 149.

¹⁷⁶ GODOY, *ibidem*, pp. 149-150.

¹⁷⁷ GODOY, *ibidem*, p. 151.

entidades de classe, o autor se pergunta, diante do reconhecimento de que o ato impugnado sofria, em seu princípio, de inconstitucionalidade formal: “qual o sentido da convocação da audiência pública, se a opinião pública e a sociedade civil pouco teriam a criticar e a influenciar quanto à posição adotada pela Corte?” e ainda “[r]epresentar quem ou tornar mais legítima que espécie de deliberação diante de uma inconstitucionalidade formal?”¹⁷⁸.

Já no caso do amianto, em que foram ouvidos 37 convidados, Sombra aponta que “os votos evidenciaram um elevado apelo retórico, com um diminuto compromisso com a complexidade das informações apresentadas na audiência pública”¹⁷⁹, e que, embora o acórdão cite diversos dados coletados na audiência pública, acabou declarando a inconstitucionalidade formal do ato normativo. O autor conclui, tendo isso em vista, “que as audiências públicas ainda consubstanciam um mecanismo que está aquém do seu potencial de otimização da representação e ampliação da legitimidade da deliberação” e que isso se dá, “em grande parte, por força de práticas judiciais despidas de racionalidade argumentativa e organicidade funcional”¹⁸⁰.

Leal, Herdy e Massadas analisaram, dentre outros pontos, a participação de ministros que não o relator nas audiências convocadas: de um universo de 19 audiências públicas analisadas, entre 2007 e 2017, em nove audiências, havia apenas um outro ministro presente. Por vezes, essa presença era exercida na qualidade de ministro presidente do STF, que se faz presente para iniciar os trabalhos (sessão de abertura) e, não raro, retira-se da sessão logo após o seu pronunciamento. Na minoria dos casos, há outros ministros presentes¹⁸¹. Na opinião dos autores, essa realidade pode ser explicada, em parte, pela amplitude dos poderes conferida ao ministro relator, a quem os outros membros do plenário confiam o poder de coleta de informações. Ou seja, “os ministros parecem entender que a participação e coleta das informações a respeito do que foi discutido nas audiências públicas é uma função própria do ministro relator, sendo opcional para os demais”¹⁸².

¹⁷⁸ SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 1, 2017. p. 254.

¹⁷⁹ SOMBRA, *ibidem*, p. 258.

¹⁸⁰ SOMBRA, *ibidem*, pp. 259-260.

¹⁸¹ LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista de investigações constitucionais*, Curitiba, v, 5, n.1, p.331-372, 2018, p. 354.

¹⁸² *Idem*, p. 356. Por outro lado, sobre os riscos e insuficiências metodológicas de se generalizar o processo decisório do Supremo Tribunal Federal como “individualista”, ver: ARGUELHES, Diego

Isso chama especial atenção quando se verifica que, de acordo com a pesquisa empírica de Marona, Magalhães e Araújo, ações com julgamentos não unânimes possuem mais chances de contar com uma audiência pública em relação àqueles acórdãos decididos de forma unânime. Em face disso, os autores levantam a possibilidade de que as audiências públicas sirvam, para além de estabelecer um canal de comunicação com o público em casos de repercussão social, também como um recurso estratégico do relator para fortalecer sua posição e reduzir riscos de derrota no julgamento. Embora eles reconheçam que o dissenso possa justamente ter se instaurado como resultado das diversas opiniões expostas na audiência, apontam que, considerando o baixo quórum envolvido na audiência, isso retira plausibilidade dessa hipótese¹⁸³.

Essa baixa adesão às audiências públicas por parte dos colegas não passou despercebido pelos próprios ministros. Em artigo baseado em entrevistas com ministros aposentados e na ativa, Virgílio Afonso da Silva colheu críticas internas ao formato e efetividades das audiências. Por sua importância, confirmam-se trechos contendo partes de críticas proferidas por entrevistados não identificados:

As maiores críticas em relação à prática das audiências públicas foram direcionadas à dinâmica dos trabalhos, à participação de juristas em um ambiente que, segundo uma determinada concepção, deveria ser destinado a esclarecer os ministros e ministras sobre questões técnicas não jurídicas, e ao fato de que os ministros e ministras simplesmente não comparecem às audiências:

“A audiência pública é realizada [...] na forma de sustentação oral. O sentido de audiência pública na cultura binária jurídica brasileira tem que ser modificado. Não é vir alguém à tribuna sustentar a sua posição por dez, quinze, vinte minutos e ir embora, aí vem outro [e faz o mesmo]. No dia em que eu chamar uma audiência pública, [...] eu vou colocar ‘eu quero ficar ouvindo vocês por três horas, um pegando o outro’. Vamos ver ‘você fala que a vida acaba em tal lugar, você fala

Werneck; ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Seis vezes “onze ilhas”: os múltiplos sentidos de individualismo em interpretações sobre o STF. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 11, n. 1, 2024. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/e260>. Acesso em: 1 nov. 2024.

¹⁸³ “Identificamos, ainda, que ações com julgamentos definitivos majoritários têm 6 vezes mais chances de ter uma AP convocada do que ações com decisões unânimes. A explicação oferecida é a de que diante do dissenso aumentam as chances de o relator convocar a AP para reduzir sua probabilidade de derrota, o que pode se dar por meio de um mecanismo de controle de agenda, adia-se o julgamento para ouvir especialistas e com isso ganha-se tempo para uma nova composição do STF mais favorável ao posicionamento do relator; ou através da utilização da AP como uma fonte de argumentos de autoridade que reforçam e dão mais autoridade ao seu voto”. (MARONA, Marjorie; MAGALHÃES, Lucas Fernandes de; ARAÚJO, Mateus Morais. Por que são convocadas as Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal? *Revista de Sociologia e Política*, v. 30. P.16.)

que vida acaba aqui...’. Vamos ouvir o debate. Deixa ali solto, sem formalismo, sem formalismo. (ministro F)

A audiência pública [é] uma sessão de defesa de posições divergentes por parte de pessoas da área do direito. Eu acho que o bom da audiência pública [seria] ouvir pessoas ligadas ao caso [...], mas que não sejam propriamente [...] juristas. Isso é importante, porque a visão jurídica tende a transformar a audiência pública num prévio debate do que está acontecendo dentro do processo. Uma reprodução do que está no processo. Aí não tem muito sentido prático. (ministro D)

Essas audiências públicas começaram a ficar mais ou menos parecidas com as CPIs do Congresso. [Coloca-se] em sessão pública questão de direito. As audiências públicas estão se transformando [em] um debate sobre a questão de direito na frente do tribunal. Mas isso é coisa para o advogado fazer. (ministro R)

Eu não concebo que possa se tirar alguma conclusão de uma audiência pública. Quem vai julgar com base no direito posto, eu acho difícil. (ministro N)”

Como mencionado, o fato de os ministros não irem às audiências foi objeto de crítica recorrente:

“Alguns ministros desprezam solenemente, olímpicamente, o produto das audiências públicas. Alguns têm uma tendência a achar que aquilo é vedetismo do ministro que convocou. Você vê que não está havendo dentro do tribunal um sentimento coletivo de prestígio às audiências públicas. Isso me parece uma lástima, porque nas audiências públicas ouve-se muita tolice, mas ouve-se também muita coisa sensata, e é possível distinguir uma das outras. (ministro Q)

[Os ministros] nem vão, nem querem saber disso. Graças a Deus que no meu tempo não se cogitou fazer [audiências públicas]... (ministro N)

Acho que em certos temas é razoável e é produtiva, mas a experiência mostra uma grande dificuldade de levar mais do que o relator à audiência pública. (ministro P)”

As críticas não são apenas aos outros (como frequentemente ocorreu ao longo das entrevistas). Os ministros não pareciam ter dificuldade em reconhecer que não vão às audiências:

“Olha eu não participei de nenhuma das audiências públicas. Eu não sou capaz de responder pelos ministros que participaram. (ministro C)”

Entre os críticos, provavelmente o mais direto e incisivo foi o ministro T. Ao ser indagado se as audiências têm algum efeito no processo deliberativo e decisório do STF, ele respondeu:

“Nenhum, nenhum, nenhum, nenhum. É um teatro! (ministro T)”¹⁸⁴

¹⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021. Pp. 42-43. Disponível em: <https://doi.org/10.53798/suprema.2021.v1.n1.a17>. Acesso em: 5 mar. 2023.

Leal, Herdy e Massadas também colheram dados a respeito das citações constantes em acórdãos proferidos em casos de convocação de audiência pública. Para tanto, consideraram o número de vezes em que foram feitas citações a participantes da audiência pública ou de argumentos nela apresentados em face da citação a especialistas externos, ou seja, informações colhidas pelos próprios ministros. Isso levou à seguinte constatação: “do total de citações feitas, a maior parte (66%) corresponde às audiências públicas. Ainda assim, um percentual relevante de citações (34%) corresponde a especialistas externos”¹⁸⁵.

Em análise a 19 audiências públicas convocadas pelo Supremo, Guimarães sugere que, na prática, elas servem mais como ferramentas de *lobby* para grupos de interesse do que como mecanismos de participação social efetiva. Isto é, prestam-se mais à defesa de interesses junto a membros do poder público que podem tomar decisões políticas do que realmente enriquecem o debate. A autora adota uma abordagem qualitativa, analisando documentos, discursos e gravações das primeiras 19 audiências públicas realizadas pelo STF. Ela revisa as convocações oficiais, discursos de ministros do Tribunal e observa interações entre os participantes durante as audiências, para então concluir pelo baixo caráter de diálogo social e democrático das audiências, que funcionam mais como plataformas de advocacia do que de deliberação. Ademais, ela destaca que, embora a maior quantidade dos discursos tenha um viés técnico, deve-se ter atenção para não vincular a ideia de tecnicidade à de neutralidade¹⁸⁶.

Diante disso, é de se perguntar se a *possibilidade* de manifestação popular em processos cuja visão do outro importe para a efetiva garantia da tutela adequada ao direito é suficiente. Sustenta-se que não, por entender que a utilização meramente formal de mecanismos democráticos pelo Judiciário, sem a garantia de que sejam capazes de realmente acrescentar ao debate, acaba por tornar a abertura dialógica aquém de seu potencial ou “em mera retórica formal de oitiva e participação”¹⁸⁷, como diz Godoy.

¹⁸⁵ LEAL; HERDY; MASSADAS, Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, p. 362.

¹⁸⁶ GUIMARÃES, Livia Gil. Participação social no STF: repensando o papel das audiências públicas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 236-271, 2020.

¹⁸⁷ GODOY, As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar? p. 155.

A conclusão crítica aqui seria: embora os mecanismos dialógicos estejam disponíveis, sua prática revela um possível *déficit* na absorção e consideração efetiva dos argumentos trazidos por esses canais. Isso indica que o juiz, na prática, pode estar limitado pela formalidade dos instrumentos, que não garantem, por si só, o aprofundamento do entendimento de questões complexas.

Apenas a utilização de instrumentos dialógicos não faz com que a Corte se torne, de fato, uma instituição dialógica¹⁸⁸. Ainda que a abertura atrelada à utilização de métodos que permitam a agregação de opiniões e cosmovisões diferentes indique uma inclinação a este propósito, é necessário sempre se atentar ao risco de sua utilização meramente pró-forma.

Uma das maneiras de se contornar a utilização pró-forma dos métodos dialógicos, de não apenas presumir a democratização dos métodos processuais, mas constitui-los como tal, é pensá-los como fase argumentativa que deve integrar o processo de fundamentação das decisões. A apreciação da pertinência e do mérito dos argumentos colhidos em audiências públicas ou em manifestações de *amici curiae*, dessa forma, torna-se um dever para o tribunal que o aceita no processo, seja para acolhê-los ou rejeitá-los¹⁸⁹.

Tal exigência, como lembra Ferreira e Gonet Branco¹⁹⁰, se relaciona com o disposto no CPC sobre a necessidade de as decisões enfrentarem “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, informar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489, §1º). A norma processual, então, dá o suporte necessário para fazer valer de maneira adequada as exigências do direito à efetividade da tutela jurisdicional, mas é necessário adequá-la à realidade prática, fomentando o debate acerca do que deve integrar o dever de fundamentação de quem possui o poder decisório.

Nessa ótica, a Recomendação do CNJ sobre a realização de consultas ou audiências públicas é precisa:

¹⁸⁸ GARGARELLA, Roberto. “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”. In: _____. (Org.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014. p. 149.

¹⁸⁹ “[N]os casos em que o *amicus curiae* trouxer elementos argumentativos de fato relevantes e esses não forem considerados na fundamentação das decisões dos ministros, implicando na desprezível influência no resultado dessas decisões, estar-se-á diante de situações em que a efetividade e credibilidade das teorias que defendem a democratização procedimental trazida pelo amigo da Corte restam irremediavelmente comprometidas” (FERREIRA; BRANCO, *Amicus curiae* em números, pp. 171, 183).

¹⁹⁰ FERREIRA; BRANCO, *ibidem*, p. 171.

Art. 5º Recomenda-se que as questões levantadas e debatidas em consulta ou audiência pública, desde que relevantes para o julgamento da causa, sejam examinadas pelo órgão julgador, na forma do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil.¹⁹¹

Se, como leciona Marinoni, o direito a uma tutela efetiva exige técnica processual adequada, instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação e, por fim, a própria resposta jurisdicional, é possível apontar que o processo constitucional dispõe de maneiras de alcançá-lo. Ora, temos as normas processuais amplamente dispostas no CPC e atreladas aos objetivos constitucionais, temos uma abertura procedimental aos métodos dialógicos capazes de fomentar a inclusão ao debate, inclusive permitida a adoção criativa dos métodos adequados a cada caso concreto, e o que nos falta, talvez, seja a articulação entre esses elementos e a própria resposta jurisdicional, que deve utilizá-los de maneira voltada a estruturar soluções e resolver conflitos.

Os resultados da empiria aqui abordados evidenciam que, embora os mecanismos dialógicos sejam essenciais na teoria, sua aplicação prática muitas vezes os reduz a formalidades processuais. Superar essa limitação exige que o Judiciário esteja disposto a acolher as contribuições trazidas por esses instrumentos de forma substancial, fortalecendo assim sua legitimidade e sua capacidade de atender aos objetivos sociais e constitucionais.

2.7. Conclusão parcial (ou as limitações justificam um não decidir?)

Conforme já foi antecipado ao se optar por abordar as críticas de Fuller, entende-se que as limitações enfrentadas pela jurisdição para oferecer respostas adequadas à complexidade dos conflitos não eliminam a necessidade de prestação jurisdicional — necessidade esta que se fundamenta tanto no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição quanto na dogmática constitucionalista contemporânea.

Espera-se, no entanto, contribuir para o debate propondo uma resposta mais assertiva: ainda que um processo envolvendo demandas complexas não alcance plenamente a proteção efetiva e eficaz dos direitos em questão, as discussões

¹⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 158, de 15 de outubro de 2024.

processuais podem, por si sós, promover avanços significativos na compreensão e no amadurecimento dessas questões. Essa análise, que será aprofundada no próximo capítulo, insere-se em um campo de estudos que avalia não apenas os efeitos diretos e imediatos das decisões judiciais, mas também seus impactos indiretos e simbólicos, em uma abordagem construtivista conforme os termos de Garavito¹⁹².

Nessa perspectiva, as decisões judiciais têm o potencial de produzir transformações sociais, mesmo quando não resultam imediatamente em mudanças práticas. Elas influenciam a percepção dos atores sociais e legitimam suas visões de mundo. Por exemplo, uma sentença que reconhece o direito à saúde pode não garantir o acesso imediato a serviços médicos para todos, mas contribui para fortalecer a opinião pública sobre a importância desse direito, pressionando gradualmente o governo a aprimorar o sistema de saúde¹⁹³.

Assim, o enfoque construtivista sugere que o impacto das decisões judiciais não se limita à sua implementação direta, mas inclui também a forma como elas redefinem o debate público e incentivam o surgimento de apoios coletivos que podem sustentar mudanças ao longo do tempo. Ao transformar ideias e narrativas sobre temas sensíveis, essas decisões contribuem para fortalecer organizações da sociedade civil e movimentos sociais, ampliando seu alcance no imaginário coletivo e promovendo o desenvolvimento de políticas públicas futuras¹⁹⁴.

¹⁹² GARAVITO, César A. Rodríguez et al. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. v. 14, n. 2, p.1-27, dez., 2013, p. 9-13.

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ *Idem*.

CAPÍTULO 3 - PROSPECÇÃO: A JURISDIÇÃO COMO FONTE DE INFORMAÇÃO E REGULAÇÃO COMPLEMENTAR

"[Curiosidade] evoca 'inquietação'; evoca a responsabilidade que se assume pelo que existe e poderia existir; um sentido agudo do real mas que jamais se imobiliza diante dele; uma prontidão para achar estranho e singular o que existe à nossa volta; uma certa obstinação em nos desfazermos de nossas familiaridades e de olhar de maneira diferente as mesmas coisas; uma paixão de apreender o que se passa e aquilo que passa; uma desenvoltura, em relação às hierarquias tradicionais, entre o importante e o essencial. Sonho com uma nova era da curiosidade"¹⁹⁵

Além de permitir que a jurisdição mitigue diretamente estruturas danosas, o processo judicial pode ser concebido como um ambiente propício à produção de informações que influenciem a tomada de decisões, tanto na esfera pública quanto na privada. Assim, o Judiciário funciona como uma instância complementar à regulação e à legislação.

Em outras palavras, é importante deixar de pensar no Poder Judiciário como um órgão isolado — seja por considerá-lo incompetente para atuar em certos contextos, como sustentava Fuller, seja por vê-lo como o responsável exclusivo por emitir comandos que, por si sós, resolveriam o problema. Enxergá-lo-emos também como um agente complementar à regulação e à legislação.

Durante a elaboração deste trabalho, percebeu-se que esse tema ainda é pouco explorado pela doutrina nacional¹⁹⁶. Por isso, recorreremos a diversos conceitos e premissas da doutrina estadunidense, que, com base em dados empíricos, tem estudado os efeitos concretos desse "arcabouço informacional" nos processos decisórios externos, destacando os benefícios regulatórios que podem surgir, ainda que de forma indireta, da atuação judicial contra estruturas sociais de grande poder.

Na doutrina estrangeira utilizada como referência, o papel do Judiciário é, por vezes, abordado de maneira secundária, com os estudos centrados nos efeitos das legislações que exigem o compartilhamento de informações, ou, em outros casos, de forma mais direta, examinando os subprodutos gerados pela judicialização de conflitos, o que é o foco deste trabalho.

¹⁹⁵ FOUCAULT, Michel. O filósofo mascarado. Entrevista concedida a C. Delacampagne em fevereiro de 1980. *Le Monde*, n. 10.945, 6 abr. 1980, p. 4.

¹⁹⁶ Como exceção à regra, ver: SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. *Litigância regulatória: como as ações coletivas podem regular a economia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2025 – no prelo. Agradecemos ao autor pelas instigações e apontamentos que foram incorporados ao presente trabalho.

Dessa forma, inicia-se o capítulo com uma introdução breve, porém essencial, aos temas relacionados à regulação informacional, a partir dos quais serão extraídas conclusões aplicáveis ao processo judicial.

3.1 Regulação informacional

Quando o mercado falha em fornecer dados adequados para a tomada informada de decisões, uma abordagem regulatória possível envolve a imposição da divulgação de informações aos *stakeholders* (como o público, consumidores, ONGs e comunidades locais), permitindo que essas partes, tipicamente vulneráveis frente aos detentores da informação, qualifiquem o conjunto de dados disponibilizados e lhe atribuam as consequências que julgarem cabíveis como, por exemplo, a alteração de padrões de consumo, melhorando a alocação dos recursos e equilibrando o custo marginal de fornecer a informação e o benefício marginal de recebê-la¹⁹⁷⁻¹⁹⁸.

O movimento regulatório em questão integra um processo mais amplo que utiliza mecanismos de controle social e econômico para influenciar as percepções e reações do mercado. Nesse contexto, surgem as chamadas sanções reputacionais, impostas pelo mercado e pelos *stakeholders* a empresas ou indivíduos que adotam comportamentos considerados inadequados ou prejudiciais. Tais sanções impactam a percepção pública sobre a qualidade, a confiabilidade ou a ética da instituição¹⁹⁹.

¹⁹⁷ “Our point is that IR also involves standards, even though ‘enforcement’ of them may be indirect. Sometimes it is not the government that ‘enforces’ the standards in an IR system, but rather economic markets, citizen groups, or public opinion. These nongovernmental powers supply ‘regulatory’ pressure through market dynamics, private litigation, or moral persuasion. In addition, IR may involve the creation and development of nongovernmental standards of acceptable behavior” [Em tradução livre: Nosso ponto é que a Regulação Informacional (IR) também envolve normas, embora a “aplicação” dessas normas possa ser indireta. Às vezes, não é o governo que “aplica” as normas em um sistema de IR, mas sim os mercados econômicos, grupos de cidadãos ou a opinião pública. Esses poderes não governamentais exercem pressão “regulatória” por meio de dinâmicas de mercado, litígios privados ou persuasão moral. Além disso, a Regulação Informacional pode envolver a criação e o desenvolvimento de normas não governamentais de comportamento aceitável]. (KLEINDORFER, Paul R.; ORTS, Eric W. Informational Regulation of Environmental Risks. *Risk Analysis*, v. 18, n. 2, p. 155-170, 1998, p. 157).

¹⁹⁸ OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 38-41, 121-123.

¹⁹⁹ Para uma visão geral sobre a influência da percepção da opinião pública no funcionamento do mercado, ver: KARPOFF, Jonathan M. Does reputation work to discipline corporate misconduct? In: POLLOCK, Timothy G.; BARNETT, Michael L. (eds.). *The Oxford handbook of corporate reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 361-364; MISHINA, Yuri; BLOCK, Elizabeth S.; MANNOR, Michael J. The path dependence of organizational reputation: how social judgment influences assessments of capability and character. *Strategic Management Journal*, v. 33, p. 459-461, 2012.

Segundo Stephen Breyer e Cass Sunstein, essa é uma estratégia central no Estado regulatório moderno, complementando a regulação por comando e controle, especialmente após o surgimento dos direitos civis nas décadas de 1950 e 1960²⁰⁰. Diferentemente das formas tradicionais de regulação, que geralmente envolvem o controle direto do governo (por meio de fiscalização e imposição de multas), a regulação informacional substitui ou complementa esses métodos com mecanismos indiretos, envolvendo os *stakeholders* em questões que lhes interessam. Ou seja, em vez de impor diretamente diretrizes aos agentes econômicos sobre os tipos de produtos e condutas permitidas no mercado, essa abordagem empodera o público de forma menos intervencionista²⁰¹⁻²⁰².

Além de influenciar escolhas binárias — como comprar ou não produtos de uma empresa poluidora —, a divulgação pública de informações permite que a sociedade monitore e cobre ações das empresas, incentivando o cumprimento das regulamentações. Essa pressão externa pode vir, por exemplo, de grupos da sociedade civil que promovem campanhas contra práticas prejudiciais. Assim, a

²⁰⁰ Segundo Breyer (*Regulation and its reform*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009, p. 161): “*Regulation that requires disclosure of certain information is so common today that it may be regarded as another form of classical regulation. It is presented here as an alternative regime, however, because it does not regulate production processes, output, price, or allocation of products. Nor does it restrict individual choice as much as do the other classical forms of regulation. (...) Not all disclosure is designed to make competitive markets function more effectively. Sometimes its object is to outlaw particular conduct by bringing legal or moral pressure to bear upon those engaging in it*” [Em tradução livre: A regulamentação que exige a divulgação de determinadas informações é tão comum hoje em dia que pode ser considerada outra forma de regulamentação clássica. No entanto, ela é apresentada aqui como um regime alternativo, porque não regula processos de produção, resultados, preços ou alocação de produtos. Tampouco restringe a escolha individual tanto quanto as outras formas clássicas de regulamentação. (...) Nem toda divulgação é projetada para fazer com que mercados competitivos funcionem de forma mais eficaz. Às vezes, seu objetivo é proibir determinadas condutas ao exercer pressão legal ou moral sobre aqueles que as praticam]. Ver também: SUNSTEIN, Cass R. Informational regulation and informational standing: Akins and beyond. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 147, p. 613-624, 1999.

²⁰¹ Sobre ser um papel menos intervencionista, afirma Breyer que “*disclosure standards offer a less restrictive means to obtain a regulatory end than do standards governing primary conduct or outright banning of a substance*” [Em tradução livre: Os padrões de divulgação oferecem um meio menos restritivo para alcançar um objetivo regulatório do que os padrões que regem a conduta primária ou a proibição total de uma substância] (BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*, p. 164). Cfr., em sentido similar: PERCIVAL, Robert V.; SCHROEDER, Christopher H.; MILLER, Alan S.; LEAPE, James P. *Environmental regulation: law, science, and policy*. 6. ed. Book Gallery, 2009. P. 612-627.

²⁰² Ogus aprofunda de que forma a regulação informacional toma forma. Em síntese, ele cita (i) a divulgação obrigatória de preços, que força as empresas a fornecerem informações claras sobre os custos de seus produtos e serviços; (ii) a divulgação de quantidades, que busca garantir que os consumidores tenham conhecimento exato da quantidade do que estão comprando, evitando possíveis enganos com embalagens; (iii) a divulgação da identidade e da qualidade, que exige que produtos e serviços sejam representados de forma clara e precisa, assegurando que os consumidores saibam exatamente o que estão adquirindo; e (iv) o controle sobre informações enganosas, que busca evitar que as empresas divulguem dados falsos ou enganosos sobre seus produtos, protegendo assim os consumidores de práticas fraudulentas OGUS, *Regulation*, pp. 121-149.

regulação informacional baseia-se na transparência e no envolvimento de terceiros para promover o cumprimento das leis e melhorar práticas socioeconômicas, elevando a opinião pública a uma importante ferramenta de pressão política e econômica²⁰³.

O envolvimento de grupos de interesse na fiscalização das práticas institucionais diminui a necessidade de fiscalização direta pelo poder público, o que reduz os custos da atuação regulatória. Assim, a divulgação de informações emerge como uma alternativa mais flexível, econômica e democrática para promover mudanças comportamentais, tanto no setor privado quanto no público²⁰⁴.

Como a informação é, em certo sentido, um bem público²⁰⁵, a obrigatoriedade de sua divulgação endereça problemas causados pela oferta insuficiente de dados essenciais, criando salvaguardas políticas que permitem aos cidadãos um papel contínuo de supervisão²⁰⁶.

Por exemplo, os riscos ambientais podem ser abordados por meio dessa modalidade regulatória, aumentando a disponibilidade e a qualidade das informações. Quando as empresas são obrigadas a divulgar dados sobre seus impactos ambientais, como emissões de poluentes ou uso de substâncias tóxicas, suas práticas são expostas, facilitando a fiscalização por grupos interessados. Esses grupos podem, então, pressionar as empresas a adotar práticas mais responsáveis, seja por meio de pressões de mercado (como consumidores evitando produtos de empresas poluentes), mobilização social (como protestos e campanhas públicas) ou certificações externas (como programas de “selos verdes” para empresas ambientalmente responsáveis)²⁰⁷.

Esse tipo de regulação é especialmente eficaz em contextos em que já se conhece quais informações são essenciais para alcançar o objetivo regulatório. Por exemplo, ao exigir que empresas alimentícias divulguem o conteúdo nutricional de seus produtos, parte-se do entendimento de que os ingredientes dos alimentos

²⁰³ KLEINDORFER; ORTS, *Informational Regulation of Environmental Risks*, p. 157

²⁰⁴ KLEINDORFER; ORTS, *idem*.

²⁰⁵ Segundo Carl Sustain, a informação é um bem público pois, se está disponível para um, pode estar disponível para todos ou para vários. Cfr. SUNSTEIN, Cass R. *Informational regulation and informational standing: Akins and beyond*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 147, p. 613-624, 1999, p. 624

²⁰⁶ “A primary virtue of informational regulation is that it triggers political safe-guards and allows citizens a continuing oversight role—one that is, in the best cases, largely self-enforcing.” [Em tradução livre: Uma das principais virtudes da regulamentação informacional é que ela aciona salvaguardas políticas e permite que os cidadãos desempenhem um papel contínuo de supervisão – que, nos melhores casos, é amplamente autoexecutável] (SUNSTEIN, *Ibidem*, p. 626).

²⁰⁷ KLEINDORFER; ORTS, *Informational Regulation of Environmental Risks*.

impactam o organismo dos consumidores. Da mesma forma, exige-se que empresas farmacêuticas revelem os efeitos colaterais de seus medicamentos, pois essa informação é indispensável para que o consumidor tome decisões informadas sobre o uso do produto, em relação à sua saúde e integridade física. Desse modo, exigências regulatórias de natureza informacional, quando fundamentadas em padrões de conduta previamente estabelecidos, tendem a ter implicações políticas previsíveis.

3.2. Jurisdição prospectiva: quando o processo revela informações encobertas

Pensemos, então, em outro cenário: o acesso a dados de grandes agentes violadores de direitos, quando não se sabe, de antemão, quais informações são essenciais para a prevenção desse tipo de situação. A falta de transparência permite que essas empresas continuem operando sem o controle adequado, mesmo quando seus produtos e serviços causem danos à saúde pública, à integridade individual e ao meio ambiente. Isso também possibilita que elas posterguem a responsabilidade legal por décadas²⁰⁸.

Em contextos de expressiva assimetria informacional, nos quais a informação está geralmente concentrada no âmago das organizações sociais, somos levados a refletir sobre o papel regulatório complementar que o Judiciário exerce sobre essas estruturas. A esse fenômeno, chamaremos "jurisdição prospectiva", conceito que surge como uma resposta à necessidade de o Judiciário se engajar não apenas em

²⁰⁸ Sobre o fluxo informacional no âmbito corporativo, ver: LANGEVOORT, Donald C. Organized illusions: a behavioral theory of why corporations mislead stock market investors (and cause other social harms). *University of Pennsylvania Law Review*, v. 146, p. 101-120, 1997 (*"Information is highly decentralized in business organizations. Especially when we focus on information and inferences that are not readily quantifiable—for example, customer reactions to new products, how well products are proceeding through the research and development pipeline—relatively low- or mid-level managerial personnel will have the most immediate access to useful information."*) [Em tradução livre: A informação é altamente descentralizada em organizações empresariais. Especialmente quando nos concentramos em informações e inferências que não são facilmente quantificáveis — por exemplo, as reações dos clientes a novos produtos ou o progresso dos produtos no pipeline de pesquisa e desenvolvimento —, é o pessoal gerencial de níveis relativamente baixos ou intermediários que terá o acesso mais imediato a informações úteis].

Sobre como as corporações frequentemente manipulam o ambiente de informações para reduzir o risco de serem processadas, empregando estratégias como pesquisas enviesadas, ocultação de informações e ataques a pesquisas independentes, ver WAGNER, Wendy. When a corporation's deliberate ignorance causes harm: charting a new role for tort law. *DePaul Law Review*, Chicago, v. 72, n. 2, p. 413-456, Winter 2022-2023. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/deplr72&id=425&startid=&end=468>. Acesso em: 20 out. 2024.

julgamentos pontuais, mas também na produção de conhecimento capaz de influenciar esferas sociais mais amplas. Joanna Schwartz, ao desenvolver a noção de "introspecção por meio do litígio", sugere que o Judiciário é uma ferramenta essencial para desvelar informações protegidas ou subaproveitadas por estruturas corporativas ou institucionais²⁰⁹. Esse conceito torna-se especialmente relevante em situações de assimetria informacional, em que dados críticos são deliberadamente ocultados, dificultando o acesso à informação por consumidores, órgãos reguladores e o público em geral²¹⁰.

Um conceito que norteia este capítulo é o de "informações encobertas", termo usado por Wendy Wagner para designar o conjunto de dados deliberadamente ocultado por estruturas sociais poderosas, tornando-se inacessíveis aos entes reguladores. Essa situação, embora comum no cenário regulatório das áreas de saúde, segurança e meio ambiente, limita o desenvolvimento de um debate político bem-informado²¹¹.

Uma resposta a essa assimetria pode ser encontrada no processo probatório ocasionado por impulso de um processo judicial. As partes envolvidas, especialmente os autores, podem solicitar informações e documentos internos das corporações, como relatórios de segurança, pesquisas científicas e outros dados relacionados à produção de bens ou à conduta empresarial. Cada parte, motivada a fortalecer seu

²⁰⁹ Essa nomenclatura faz referência aos estudos de Joanna Schwartz, que assim o define: "*The process of organizational learning through information generated in lawsuits is what I call introspection through litigation*" [Em tradução livre: O processo de aprendizado organizacional por meio das informações geradas em ações judiciais é o que chamo de introspecção por meio da litigância] (SCHWARTZ, Joanna C. Introspection through litigation. *Notre Dame Law Review*, v. 90, 2015, p. 1056. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2383605>. Acesso em: 4 nov. 2024).

²¹⁰ Cfr. WAGNER, Wendy. When All Else Fails: Regulatory Risky Products Through Tort Litigation. *Georgetown Law Journal*, v. 95, n. 3, p. 693-732, 2007, pp. 697-702. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/glj95&collection=journals&id=705&startid=&end=744>. Acesso em: 3 nov. 2024; MATHER, Lynn. Theorizing about trial courts: lawyers, policymaking, and tobacco litigation. *Law and Social Inquiry*, v. 23, 1998, p. 897-940; ENGSTROM, Nora Freeman; RABIN, Robert L. Pursuing public health through litigation: lessons from tobacco and opioids. *Stanford Law Review*, v. 73, p. 285-362, fev. 2021.

²¹¹ Segundo Wagner "*Stubborn information arises when information is privately held and there are no incentives or subsidies to encourage its production or sharing. As a result, the information is closely guarded and deliberately withheld from other participants in the policy-making process. Stubborn information problems arise frequently in public health and safety regulation.*" [Em tradução livre: Informações encobertas surgem quando os dados são mantidos em caráter privado e não existem incentivos ou subsídios para encorajar sua produção ou compartilhamento. Como resultado, essas informações são cuidadosamente protegidas e deliberadamente retidas de outros participantes no processo de formulação de políticas. Problemas relacionados a informações encobertas surgem frequentemente na regulamentação de saúde pública e segurança] (WAGNER, Wendy. Stubborn Information Problems & the Regulatory Benefits of Gun Litigation. In: LYTTON, Timothy D. (ed.). *Suing the gun industry: a battle at the crossroads of gun control and mass torts*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005, p. 274).

caso, investiga e testa rigorosamente a validade das informações coletadas. Somada a isso, o Judiciário, instado a se pronunciar sobre as provas e os fatos, tem a capacidade de avaliar informações complexas, frequentemente contando com o suporte de especialistas e consultores técnicos, o que assegura que as informações sejam interpretadas com precisão²¹².

Em contrapartida, existem instrumentos processuais que blindam as corporações de cooperar com o fornecimento transparente de informações. Nesse sentido, Wagner aponta que as corporações frequentemente invocam segredos comerciais (*trade secrets*) ou celebram acordos de confidencialidade com cientistas, dificultando o acesso de dados críticos aos tribunais e ao público. Além disso, fazem uso de práticas como o "*document dumping*", que sobrecarrega as partes adversárias com uma quantidade excessiva de documentos irrelevantes, aumentam os custos e o tempo dos litígios, desestimulando as vítimas. Por fim, acordos extrajudiciais confidenciais também são usados para manter informações danosas sob sigilo, impedindo a responsabilização pública e limitando o acesso a evidências cruciais²¹³.

Além de se adaptar rapidamente a novas informações e contextos emergentes, o processo judicial oferece uma flexibilidade que as normas fixas estabelecidas por leis ou regulamentos muitas vezes não possuem. Enquanto estas podem se tornar obsoletas com o tempo, o processo judicial permite que as normas de responsabilização permaneçam relevantes e eficazes na proteção da segurança pública e na promoção de práticas empresariais responsáveis²¹⁴.

Ainda, esse tipo de resultado evidencia o descompasso entre o que é incorporado aos mecanismos de controle tradicionais e o que é, de fato, conhecido por instituições de poder social, as quais geralmente estão na vanguarda das pesquisas científicas. Para ilustrar, considere-se o exemplo analisado por Roy Shapira e Luigi Zingales: a DuPont, uma das empresas químicas mais antigas e influentes dos Estados Unidos e grande produtora de teflon, emitia deliberadamente o C8, um composto químico tóxico. A análise de documentos internos, revelados em processos

²¹²SCHWARTZ, Introspection through litigation; WAGNER, When All Else Fails; VLADECK, David C. Defending Courts: A Brief Rejoinder to Professors Fried and Rosenberg. *Seton Hall Law Review*, v. 31, n. 3, p. 631-643, 2001. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/547>. Acesso em: 3 nov. 2024.

²¹³WAGNER, When a corporation's deliberate ignorance causes harm. Para uma visão específica sobre os acordos de confidencialidade e o papel ético cabível às partes, ver BACHAR, Gilat Juli. A duty to disclose social injustice torts. *Arizona State Law Journal*, v. 55, n. 1, p. 41-90, 2023.

²¹⁴VLADECK, Defending Courts.

judiciais, demonstrou que, muito antes de essa substância ser efetivamente proibida, a empresa já estava ciente de seus efeitos prejudiciais tanto para a saúde quanto para o meio ambiente, não apenas pelos resultados de pesquisas encomendadas pela própria companhia, mas também por meio do acompanhamento direto da população que vivia nos arredores dos locais de emissão da substância. No entanto, com base em uma decisão calculada e orientada pela maximização de lucros, optou por continuar utilizando e liberando o químico em suas operações²¹⁵.

Ou seja, os processos judiciais ajudam a redefinir questões sociais e políticas ao criar quadros normativos e identidades para os atores envolvidos, moldando internamente os significados, causas e consequências das ações discutidas em juízo. Essa espécie de litigância força a própria organização, bem como outros atores (como o Congresso ou a mídia), a prestar atenção em temas específicos, definindo a agenda política e trazendo à tona “pontos cegos” que o Judiciário é capaz de revelar graças ao seu privilegiado arsenal processual. Isso contribui para a construção de novas formas de entender problemas sociais e políticos²¹⁶.

Destaca-se que o papel do Judiciário discutido neste capítulo é o de complementar as atividades regulatórias voltadas contra instituições violadoras de direitos, e não o de corrigir diretamente estruturas danosas por meio de decisões judiciais. A análise sugere que a combinação de processos regulatórios e judiciais pode aumentar a eficiência ao longo do ciclo de vida de produtos ou serviços de risco, com a litigância ajudando a reduzir os custos de obtenção de informações e a regulação focando na gestão desses riscos a longo prazo²¹⁷.

Joanna Schwartz entende que as ações judiciais funcionam para as organizações como uma espécie de “vistoria”, a qual é conduzida por indivíduos cuja

²¹⁵ SHAPIRA, Roy; ZINGALES, Luigi. Is pollution value-maximizing? The DuPont case. *National Bureau of Economic Research Working Paper Series*, 2017. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w23866>. Acesso em: 10 nov. 2024. Ainda sobre como o controle da produção científica produz danos, em uma perspectiva da teoria da responsabilidade legal, ver: WAGNER, Wendy E. When a corporation's deliberate ignorance causes harm.

²¹⁶ ENGSTROM; RABIN, Pursuing public health through litigation; SCHLANGER, Margo. Operationalizing deterrence: claims management (in hospitals, a large retailer, and jails and prisons). *Journal of Tort Law*, v. 2, n. 1, 2008. Disponível em: <http://www.bepress.com/jtl/vol2/iss1/art1>. Acesso em: 22 out. 2024.

²¹⁷ WAGNER, When All Else Fails. Para outras abordagens nessa linha de complementariedade, ver estudo que revela que as empresas processadas por questões de responsabilidade sobre produtos sofrem perdas substanciais no valor de mercado quando a notícia do processo judicial é divulgada. PRINCE, David; RUBIN, Paul H. The effects of product liability litigation on the value of firms. *Social Science Research Network (SSRN)*, 15 abr. 2000. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=223433>. Acesso em: 22 out. 2024.

insatisfação com o serviço prestado é proporcional à sua determinação em defender seus direitos²¹⁸. Esses agentes buscam expor todas as evidências relevantes ao caso e apresentá-las de forma convincente a uma autoridade, podendo produzir três tipos de informações, assim descritos:

Lawsuits produce three types of information that can fill the gaps in organizations' other information systems. First, plaintiffs' complaints may announce allegations of wrongdoing that internal reporting systems did not collect. Second, during discovery, lawyers may unearth details about plaintiffs' claims that an organization's internal investigators did not search for or find. Third, throughout litigation, parties marshal the evidence—meaning they interpret, organize, and present information—in ways that may prove illuminating²¹⁹.

Para se defenderem, as organizações demandadas frequentemente reúnem informações detalhadas sobre os incidentes que geraram os litígios. Essa dinâmica resulta em dados valiosos para melhorar a segurança dos produtos ou serviços, incluindo padrões de acidentes, falhas operacionais e outros fatores que podem ser usados para prevenir futuros danos²²⁰. Por exemplo, relatórios detalhados de incidentes em hospitais ajudam a identificar padrões de condutas médicas ou operacionais que causam danos que podem ser levados ao Judiciário, permitindo a implementação de medidas de segurança, como treinamento aprimorado ou mudanças em protocolos²²¹.

Segundo Schlanger, a participação em múltiplos litígios cria uma “saliência cognitiva” para os riscos de incidentes e processos judiciais, conceito da psicologia relacionado à “disponibilidade heurística” — um atalho mental em que as pessoas avaliam a probabilidade de um evento com base na facilidade de lembrar de exemplos semelhantes. A exposição contínua a certos eventos, como litígios, faz com que os

²¹⁸ “Hearing from a deeply dissatisfied, highly motivated customer may be an unpleasant experience, but it can also be illuminating” [Em tradução livre: Ouvir um consumidor profundamente insatisfeito e altamente engajado pode ser uma experiência desconfortável, mas também extremamente reveladora] (SCHWARTZ, *Introspection through litigation*, pp. 1058-1059).

²¹⁹ Em tradução livre: Processos judiciais produzem três tipos de informações que podem preencher as lacunas nos outros sistemas de informação das organizações. Primeiro, as queixas dos autores podem revelar alegações de irregularidades que os sistemas de relatórios internos não coletaram. Segundo, durante a fase de produção probatória, advogados podem descobrir detalhes sobre as reivindicações dos autores que os investigadores internos de uma organização não buscaram ou não encontraram. Terceiro, ao longo do litígio, as partes organizam as provas — ou seja, interpretam, organizam e apresentam informações — de maneiras que podem ser esclarecedoras”. SCHWARTZ, *Introspection through litigation*, p. 1061.

²²⁰ SCHLANGER, *Operationalizing deterrence*.

²²¹ *Idem*, p. 9.

riscos associados a eles se tornem mais evidentes para os membros de uma organização, aumentando sua cautela para evitar falhas que possam levar a novos processos judiciais²²². Em um hospital, por exemplo, a equipe médica pode se tornar mais vigilante no cumprimento de protocolos de segurança ao ser constantemente lembrada de litígios passados, promovendo uma cultura de prevenção e conformidade²²³.

Shapira argumenta que o sistema jurídico complementa as sanções reputacionais espontâneas ao expor informações durante o processo judicial, permitindo que o público tenha uma visão mais precisa da situação e ajuste suas percepções de forma fundamentada²²⁴. Esse efeito se estende ao contexto empresarial como um todo: quando uma empresa é responsabilizada judicialmente por um defeito em um produto, outras empresas do setor frequentemente adotam medidas preventivas para evitar litígios semelhantes, criando normas de mercado²²⁵.

Popper exemplifica esse efeito com casos práticos: fabricantes de automóveis processados por defeitos de *design* tendem a corrigir falhas semelhantes; fabricantes de dispositivos médicos, como monitores de respiração infantil, reforçam suas medidas de segurança após incidentes judicializados; e instituições educacionais ou corporativas implementam políticas mais rigorosas contra o assédio após casos judicializados²²⁶.

É crucial que os poderes estatais estejam atentos a esse movimento, adotando uma postura ativa que permita a obtenção de informações e uma avaliação crítica dos efeitos gerados. Schlanger faz a ressalva de que o receio de processos judiciais nem sempre leva as instituições a escolherem a postura mais adequada, mas aquela que oferece maior segurança em disputas legais. Ou seja, em vez de simplesmente

²²² SCHLANGER, *idem*. O conceito de saliência cognitiva está ancorado na teoria da heurística de disponibilidade de Tversky e Kahneman, que afirma que as pessoas tendem a superestimar a probabilidade de eventos que são mais fáceis de lembrar ou que ocorreram recentemente. No contexto de gerenciamento de processos, a presença contínua de disputas legais torna essas possibilidades mais "disponíveis" cognitivamente para os membros de dada instituição, influenciando-os a tomarem decisões mais cuidadosas em suas atividades cotidianas. Ver TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974

²²³ SCHLANGER, Operationalizing deterrence, pp. 19-20, 49-51.

²²⁴ SHAPIRA, Roy. Reputation through litigation: how the legal system shapes behavior by producing information. *Washington Law Review*, v. 91, n. 3, p. 1193-1252, 2016.

²²⁵ POPPER, Andrew F. In Defense of Deterrence. *Albany Law Review*, v. 75, n. 1, p. 181-204, 2011/2012. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/albany75&id=183>. Acesso em: 22 out. 2024.

²²⁶ *Idem*.

aumentarem o nível de cuidado, potenciais réus podem ajustar suas práticas para reduzir a probabilidade de litígios ou o valor das indenizações²²⁷.

Nesse contexto, Schlanger sugere a existência dos chamados "efeitos de substituição", fenômeno que ocorre quando o réu toma decisões que, embora não reduzam necessariamente o número de acidentes, ajudam a limitar sua exposição à responsabilidade legal. Um exemplo seria um hospital optar por implementar protocolos padronizados, que podem ser mais facilmente documentados, em vez de investir no aprimoramento da habilidade individual dos médicos, cuja realização é mais difícil de demonstrar em juízo. Esses conceitos mostram que a dissuasão ideal é complexa de alcançar, pois os réus ajustam seus comportamentos não apenas para evitar causar danos, mas também para adotar práticas que ofereçam maior segurança em termos de prova jurídica²²⁸.

Schlanger acredita que os efeitos de substituição são um fator importante e muitas vezes negligenciado na análise das consequências das ações indenizatórias. Ela sugere que as políticas públicas e decisões judiciais devem considerar esses efeitos com cautela, pois eles têm o potencial de distorcer os incentivos pretendidos pela responsabilização legal. Em vez de soluções amplas e passivas à reação das instituições, a autora defende abordagens específicas para cada contexto legal. Em áreas em que o efeito de substituição gera uma desvantagem específica, recomenda-se focar em intervenções direcionadas, que equiparem os incentivos entre diferentes tipos de cuidado ou danos, em vez de perseguir uma dissuasão "ideal" e abrangente. A adaptação de regras regulatórias aparece como uma forma de calibrar os incentivos de maneira mais precisa, reduzindo o risco de distorções causadas por soluções generalistas²²⁹.

Visando a tornar palpável a assertiva acima, decidimos delinear alguns dos mais referenciados exemplos de "informações encobertas" reveladas em processos judiciais, que geralmente se relacionam à fabricação de produtos nocivos à saúde e à prestação de serviços violadores à integridade física de indivíduos.

Esta pesquisa não tem por objetivo realizar um "estudo de caso" propriamente dito, uma vez que essa modalidade de análise demanda metodologia específica.

²²⁷ SCHLANGER, Margo. Second best damage action deterrence. *DePaul Law Review*, v. 55, n. 2, p. 517-537, 2006.

²²⁸ *Idem.*

²²⁹ *Idem.*

Busca-se, contudo, correlacionar conclusões obtidas em estudos de casos ao que foi abordado acerca do perfil prospectivo da jurisdição, com a finalidade de demonstrar, na prática, como o Judiciário atua como agente de regulação indireta, promovendo a transparência e incentivando mudanças comportamentais em diferentes indústrias e contextos. Esses exemplos estão organizados de forma a ilustrar o impacto da jurisdição prospectiva em três áreas críticas: saúde pública, segurança industrial e responsabilidade institucional.

3.2.1. Indústria do tabaco e crise dos opioides: transparência e mudança de percepção social no âmbito da saúde pública

A litigância contra a indústria do tabaco constitui um marco inicial e emblemático da chamada "jurisdição prospectiva". Nos Estados Unidos, processos movidos contra fabricantes de tabaco revelaram documentos internos que comprovavam práticas destinadas a maximizar a dependência dos consumidores, ocultando os riscos à saúde e promovendo publicidade irresponsável. Esse movimento de judicialização não apenas expôs os perigos do tabaco para a sociedade, mas também resultou em uma reestruturação das políticas de saúde pública, transferindo a responsabilidade dos indivíduos fumantes para os fabricantes de tabaco e, por fim, desestimulando o consumo. O processo de redefinição desse problema envolveu não apenas a emissão de sentenças condenatórias, mas também a exposição de um contexto fático que evidenciava a conspiração da indústria do tabaco para viciar seus consumidores²³⁰.

Outrossim, esses processos resultaram em uma série de acordos financeiros, coletivamente conhecidos como *Master Settlement Agreement*, que totalizaram aproximadamente 206 bilhões de dólares. Esses acordos enfraqueceram significativamente o poder da indústria do tabaco, minando sua imagem pública e impondo restrições rigorosas à publicidade e ao *marketing* do produto, como a proibição de anúncios em *outdoors*, o uso de personagens de desenhos animados e o patrocínio de eventos culturais e esportivos²³¹.

²³⁰ MATHER, Theorizing about trial courts; JACOBSON, Peter D.; WARNER, Kenneth E. Litigation and Public Health Policy Making: The Case of Tobacco Control. *Journal of Health Politics, Policy and Law*, v. 24, n. 4, p. 769–804, 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.1215/03616878-24-4-769>. Acesso em: 4 nov. 2024.

²³¹ MATHER, Theorizing about trial courts; SLOAN, Frank A.; ELDRED, Lindsey Morgan. Litigation, settlement, and the public welfare: lessons from the Master Settlement Agreement. *Widener Law Review*, v. 17, p. 159-226, 2011.

Apesar da expressiva cifra bilionária, o caráter repressivo e pecuniário do acordo não alcançou plenamente os resultados esperados. Esperava-se que os estados utilizassem os fundos para a saúde pública, com ênfase na prevenção ao tabagismo, mas grande parte dos recursos foi desviada para outros fins. Exemplos incluem a construção de um sistema de irrigação para um campo de golfe público em Nova York, a instalação de cabos de fibra óptica na Virgínia e o financiamento para a modernização de fazendas de tabaco na Carolina do Norte. Apenas uma pequena fração dos fundos foi efetivamente destinada ao objetivo inicialmente previsto²³².

Por outro lado, os acordos também introduziram importantes mecanismos de transparência, impondo às empresas a divulgação dos documentos revelados durante o processo judicial. Como resultado, milhões de documentos – ou então "informações encobertas" – foram disponibilizados ao público. As empresas foram obrigadas a manter esses documentos acessíveis por meio do *site Truth Tobacco Industry Documents* por um período de 12 anos. Em 2019, calculou-se que esse repositório contribuiu para a elaboração de 1.059 artigos científicos, reportagens, documentários e publicações governamentais²³³.

Esse exemplo ilustra como o Judiciário pode influenciar a percepção pública e a formulação de políticas, revelando informações que desafiam práticas corporativas prejudiciais.

Ainda no âmbito da saúde pública, o Judiciário dos Estados Unidos tornou-se palco para a busca individual e coletiva de indenizações pelos altos custos decorrentes do tratamento de dependentes e das mortes por overdose, no contexto do que vem sendo chamado de “crise dos opioides”²³⁴. Essa situação calamitosa, que

²³² Sobre o tópico, ver: ENGSTROM; RABIN, Pursuing public health through litigation, p. 334 DISHMAN, Elysa M. Enforcement Piggybacking and Multistate Actions. *BYU Law Review*, v. 2019, n. 2, p. 421-449, 2019.

²³³ GLANTZ, Stanton. Lawsuits Against Companies Aren't Just About Getting Money. They're About Revealing the Truth. *The Washington Post*, 9 set. 2019. Disponível em: <https://perma.cc/9S78-HXJG>. Acesso em: 18 out. 2024.

²³⁴ Nos anos 1990, a crise dos opioides ganhou força com a introdução do OxyContin, fabricado pela Purdue Pharma. A empresa promoveu agressivamente o medicamento, alegando falsamente que ele tinha baixo risco de dependência. O marketing mirou médicos de atenção primária, incentivando o uso para dores crônicas não oncológicas, expandindo drasticamente seu mercado. O produto se provou altamente viciante, e seu uso adulterado obtinha efeitos semelhantes a drogas como a heroína, acarretando quadros de abusos e overdoses. A esse respeito, ver: ALPERT, Abby E.; EVANS, William N.; LIEBER, Ethan M. J.; POWELL, David. Origins of the Opioid Crisis and Its Enduring Impacts. NBER Working Paper No. 26500. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, nov. 2019. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w26500>. Acesso em: 20 out. 2024. Diz-se que o abuso e vício em opioides muito provavelmente representa a maior crise de saúde pública dos Estados Unidos.

desde 1999 ceifou mais de 400.000 vidas norte-americanas, aproximadamente o mesmo número de soldados norte-americanos mortos na Segunda Guerra Mundial²³⁵, tem mobilizado decisões e acordos que vêm impactando a forma como os opioides são fabricados, distribuídos e monitorados²³⁶.

Parte dos resultados positivos dessa jornada deveu-se à revelação de documentos internos de empresas farmacêuticas, como a Purdue Pharma, os quais comprovaram que essas companhias minimizaram publicamente os riscos de dependência associados aos opioides, embora, internamente, tivessem conhecimento dos perigos. Essa exposição pública contribuiu para que organizações médicas e reguladoras, como o Centers for Disease Control and Prevention (CDC) e a American Medical Association (AMA), revisassem suas diretrizes de prescrição, desencorajando o uso indiscriminado de opioides e promovendo alternativas menos viciantes. De forma adicional, os litígios impulsionaram treinamentos e programas de educação para médicos e profissionais de saúde, alertando-os sobre os riscos de dependência e incentivando a supervisão regular dos pacientes que utilizam esses medicamentos, reforçando a necessidade de maior cautela ao prescrevê-los²³⁷.

Isso exemplifica a função do Judiciário como uma ferramenta de acesso à informação essencial para a reavaliação de políticas de atuação médica e farmacêutica, sensibilizando tanto os órgãos reguladores quanto a opinião pública. De forma indireta, contribuiu-se para desencorajar o uso indiscriminado de opioides, incentivando práticas médicas mais cautelosas e promovendo alternativas de tratamento.

Ainda, estudos correlacionam o aumento da segurança dos pacientes com a inserção de disciplinas sobre processos de negligência médica nos currículos dos cursos de medicina. Historicamente, segundo Engstrom e Rabin, os cursos de residência têm se concentrado mais nas habilidades clínicas e técnicas, com pouca ênfase em questões legais e éticas associadas à prática médica. No entanto, os

Nesse sentido, ver: VADIVELU, Nandini; KAI, Angela M.; KODUMUDI, Vijay; SRAMCIK, Jennifer; KAYE, Alan D. The opioid crisis: a comprehensive overview. *Current Pain and Headache Reports*, v. 22, n. 3, p. 16, 2018.

²³⁵ ALPERT; EVANS; LIEBER; POWELL, Origins of the Opioid Crisis and Its Enduring Impacts, 2019, p. 1.

²³⁶ Para uma visão pessimista sobre os resultados desses processos, por tratares apenas de aspectos simplistas – como superprescrição e marketing - de um problema muito maior e mais complexo, por envolver determinantes sociais de saúde, ver: TERRY, Nicolas P. The opioid litigation unicorn. *South Carolina Law Review*, v. 70, n. 3, p. 637-666, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3308838>. Acesso em: 20 out. 2024.

²³⁷ ENGSTROM; RABIN, Pursuing public health through litigation.

autores apontam que, diferentemente do que acreditavam os residentes cirúrgicos entrevistados do NYU Langone Medical Center/Bellevue, a maior parte dos processos de negligência médica contra o centro acadêmico não decorreu de erros médicos diretos, mas de falhas na comunicação, documentação e obtenção de consentimento informado. Em outras palavras, aos médicos foram revelados “pontos cegos” que poderiam prejudicar sua atuação profissional e, conseqüentemente, os pacientes²³⁸.

Segundo os autores, a educação contínua sobre negligência médica não só é capaz de reduzir o número de processos, mas também promove uma prática mais segura e ética. Eles sugerem que uma formação mais estruturada sobre os aspectos legais da medicina, com foco em precedentes judiciais reais, deveria ser parte obrigatória da educação de todos os residentes de medicina²³⁹.

Esse exemplo demonstra que a jurisdição prospectiva vai além da mera punição, promovendo mudanças estruturais e educativas em áreas sensíveis, como a saúde pública, e contribuindo diretamente para a segurança dos cidadãos. Ao destacar o papel do Judiciário na preservação do bem-estar público, observa-se que o litígio pode expor práticas institucionais prejudiciais e estimular mudanças preventivas, com potencial de impacto em outros setores além da saúde.

3.2.2. Indústria Bélica: Incentivo a Práticas de Segurança

O trabalho de Wagner foca, principalmente, no estudo da judicialização de conflitos envolvendo a indústria bélica norte-americana. Esse contexto é marcado por assimetrias informacionais, dificuldades regulatórias, *lobbies* e captura de interesses políticos. Ainda assim, a análise aponta resultados favoráveis para a segurança na indústria, justamente por trazer à tona esses “pontos cegos”²⁴⁰.

Segundo Wagner, a litigância contra a desregulação de armas foi um “fracasso total”, sem vitórias significativas. Ao mesmo tempo, essa litigância impulsionou um movimento de *backlash* que promoveu, com sucesso, mudanças legislativas em prol da desregulamentação e da redução da responsabilização por acidentes envolvendo

²³⁸ HOCHBERG, Mark S.; SEIB, Carolyn D.; BERMAN, Russell S.; KALET, Adina L.; ZABAR, Sondra R.; PACHTER, H. Leon. Malpractice in an academic medical center: a frequently overlooked aspect of professionalism education. *Academic Medicine*, v. 86, n. 3, p. 365-368, mar. 2011. Disponível em: http://journals.lww.com/academicmedicine/Fulltext/2011/03000/Malpractice_in_an_Academic_Medical_Center__A.24.aspx. Acesso em: 23 out. 2024.

²³⁹ *Idem*.

armas. Ainda assim, ela explica que a judicialização de conflitos é um veículo importante — e talvez o único — para garantir o acesso a informações sobre essas estruturas, tornando-as públicas e complementando o papel da regulação²⁴¹.

Dessa forma, ainda que a litigância não tenha sido capaz de alterar diretamente a indústria bélica, os processos judiciais permitiram um acesso privilegiado a informações privadas relacionadas à produção e distribuição de armamentos, revelando que a indústria possui conhecimentos detalhados sobre possíveis melhorias para tornar as armas mais seguras, mas frequentemente opta por manter essas informações em segredo, possivelmente por receio de incentivar regulamentações mais rigorosas.

Essa gama informacional se mostrou complementar às políticas públicas voltadas à regulação do *marketing* e do *design*, a qual se mostrou, segundo a autora, essencial para supervisionar com maior eficácia a indústria. Mais especificamente, Schlanger observou que alguns fabricantes de armas começaram a adotar travas internas e a focar em práticas de venda mais seguras, motivados, ao que tudo indica, pelo desejo de evitar futuras ações judiciais e pressões do mercado. Esse comportamento é interpretado como um efeito indireto do litígio, à medida que os fabricantes passaram a reavaliar suas práticas internas de segurança para reduzir riscos legais e atender às expectativas de segurança pública, ainda que não tenham sido condenados a tanto²⁴².

No mesmo sentido, Lytton aponta que, diante da possibilidade de responsabilização judicial, muitas empresas optaram por adotar medidas de segurança voluntárias e mais rigorosas, destacando o investimento promovido pela indústria em campanhas educativas voltadas a evitar que crianças tivessem acesso a armas, promovendo práticas de manuseio seguro. Outro avanço importante resultante dessa pressão foi a melhoria no *design* das armas, especialmente com o desenvolvimento de tecnologias de "*smart guns*", isto é, armas que só podem ser utilizadas pelo proprietário autorizado, diminuindo o risco de uso não autorizado e de acidentes domésticos. Isso demonstra que, mesmo sem vitórias judiciais frequentes,

²⁴¹ WAGNER, *Stubborn Information Problems & the Regulatory Benefits of Gun Litigation*, p. 270-271.

²⁴² WAGNER, *idem*. No mesmo sentido, ver: LYTTON, Timothy D. *Suing the gun industry: the complementary role of tort litigation*. In: LYTTON, Timothy D. (ed.). *Suing the gun industry: a battle at the crossroads of gun control and mass torts*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005, p. 262.

os litígios criaram um efeito interno na indústria, pois a ameaça de ações legais contínuas incentivou a adoção de práticas proativas de segurança²⁴³.

Nota-se, então, como o Judiciário é capaz de atuar como uma força regulatória indireta para que as empresas adotem práticas mais responsáveis. A introdução espontânea de medidas de segurança, embora não obrigatória, reflete uma mudança impulsionada pela possibilidade de responsabilização judicial.

3.2.3. Reforma Institucional e Segurança Pública no âmbito de departamentos de polícia

Em 2010, Joanna Schwartz constatou que os departamentos de polícia dos Estados Unidos raramente levavam em consideração os resultados dos processos judiciais nos quais eram parte, exceto quando esses casos tinham grande repercussão política ou midiática. Seu estudo baseou-se na análise de evidências documentais e em entrevistas realizadas com 26 departamentos, alguns dos quais estavam sob monitoramento judicial ou sujeitos a auditorias externas. De acordo com a pesquisa, menos de um terço das organizações analisadas possuía sistemas para monitorar processos judiciais, e um número ainda menor investigava denúncias ou analisava tendências de má conduta²⁴⁴.

Em 2012, a mesma autora identificou cinco departamentos de polícia que, contrariando a tendência descrita acima, adotaram a prática de analisar internamente as informações geradas no âmbito judicial. Essas instituições se destacaram por integrar o estudo dos processos em suas práticas de revisão e auditoria, explorando como questões relacionadas ao quadro de pessoal, ao treinamento dos policiais e às políticas internas foram levantadas e discutidas, com o objetivo de implementar intervenções e medidas corretivas apropriadas²⁴⁵.

²⁴³ LYTTON, Timothy D. Using tort litigation to enhance regulatory policy making: evaluating climate-change litigation in light of lessons from gun-industry and clergy-sexual-abuse lawsuits. *Texas Law Review*, v. 86, n. 1837, 2008, pp. 1843-1849. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1242922>. Acesso em: 4 nov. 2024.

²⁴⁴ SCHWARTZ, Joanna C. Myths and mechanics of deterrence: the role of lawsuits in law enforcement decisionmaking. *UCLA Law Review*, v. 57, p. 1023, 2010. CELS 2009 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper, UCLA School of Law Research Paper No. 10-13. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1432106>. Acesso em: 4 nov. 2024.

²⁴⁵ São eles os Departamentos de Polícia de Los Angeles, Portland, Seattle, Denver e Chicago (SCHWARTZ, Joanna C. What Police Learn from Lawsuits. *Cardozo Law Review*, v. 33, p. 841-891, 2012).

Entre os principais problemas identificados estavam o uso excessivo da força, buscas e entradas em domicílios sem mandado, bem como padrões inadequados de perseguições veiculares. Além disso, alguns desses departamentos analisam arquivos de casos encerrados e utilizam sistemas de intervenção precoce para monitorar e corrigir condutas policiais. O uso dessas informações judiciais permite a essas organizações aprofundar a compreensão de questões relacionadas ao quadro de pessoal, ao treinamento dos policiais e às políticas internas, promovendo, assim, a prevenção de futuras violações e melhorias contínuas²⁴⁶.

Isso indica que, ao incorporarem a revisão de processos em suas práticas internas regulares, as instituições podem identificar "pontos cegos" em suas condutas e, conseqüentemente, prevenir a ocorrência de violações de direitos.

3.2.4. Prevenção ao Abuso Infantil: Proteção em Organizações Religiosas, Educativas e Atléticas

Timothy D. Lytton analisou três escândalos de abuso sexual infantil envolvendo o acobertamento institucional em organizações de grande relevância nos Estados Unidos: as Dioceses Católicas, os Boy Scouts of America (Escoteiros da América) e a USA Gymnastics (equipe nacional de ginástica). Ele observou que a judicialização desses casos deu voz às vítimas, tornando suas histórias atraentes para os veículos de mídia ao fornecer narrativas moralmente impactantes sobre o abuso de poder por líderes institucionais. Esse processo gerou um efeito em cascata alimentado pela interação entre litígios e cobertura midiática: a mídia busca histórias de interesse público baseadas em fontes legais, os processos geram notícias, e as notícias, por sua vez, incentivam novos processos²⁴⁷.

Entre 1965 e 1985, foram documentadas milhares de denúncias de abuso sexual contra menores cometidos por padres e outros agentes da Igreja, as quais eram sistematicamente ocultadas em arquivos secretos, como revelado pelos processos judiciais e pela imprensa. Os relatos mostraram que, após uma denúncia

²⁴⁶ *Idem*.

²⁴⁷ LYTTON, Using tort litigation to enhance regulatory policy making, p. 305. Do mesmo autor, ver: LYTTON, Timothy D. Framing clergy sexual abuse as an institutional failure: how tort litigation influences media coverage. *William Mitchell Law Review*, v. 36, n. 1, Artigo 3, 2009.

interna, era prática comum transferir o clérigo acusado para novas paróquias, onde os abusos muitas vezes se repetiam.

Em resposta aos processos judiciais, a U.S. Conference of Catholic Bishops (Conferência dos Bispos Católicos dos EUA) adotou uma Cartilha de Proteção de Crianças e Jovens, que prevê procedimentos obrigatórios de investigação, denúncia e aplicação de medidas disciplinares em casos de abuso sexual, além de programas educativos para crianças, pais, clérigos e outros membros da comunidade²⁴⁸. Ademais, para criar ambientes mais seguros, o National Catholic Risk Retention Group, um dos principais provedores de seguros de responsabilidade civil para entidades da Igreja, fundou, em 2002, a VIRTUS, uma organização sem fins lucrativos que oferece programas de treinamento presenciais e *online*. Segundo Lytton, mais de 100 das 195 dioceses católicas nos Estados Unidos adotaram esses treinamentos, e, até 2022, mais de 5,5 milhões de funcionários e voluntários haviam participado dos cursos²⁴⁹.

A organização Boy Scouts of America manteve um registro confidencial, conhecido como "Perversion Files", contendo dados de casos de abuso sexual infantil cometidos por líderes e voluntários. Essas informações foram ocultadas do público e das autoridades, o que permitiu que os agressores continuassem atuando. Em 2010, processos civis resultaram na divulgação pública de muitos desses arquivos, aumentando a atenção midiática e impulsionando novas ações judiciais²⁵⁰.

A Boy Scouts of America reagiu elaborou diretrizes para o combate ao abuso infantil, incluindo treinamentos, bem como procedimentos para denúncia de alegações de abuso. Por fim, contratou um especialista em investigação de abuso sexual para uma posição de diretoria²⁵¹.

No caso da USA Gymnastics, o médico Larry Nassar abusou de centenas de jovens atletas ao longo de décadas. Embora denúncias de abuso tenham sido registradas, a organização não tomou medidas preventivas significativas e continuou permitindo o acesso de Nassar aos atletas. Somente após ações civis e intensa cobertura midiática expondo as falhas da organização, a USA Gymnastics

²⁴⁸ U.S. CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS. *Charter for the Protection of Children and Young People*. Washington, D.C.: U.S. Conference of Catholic Bishops, 2002. Disponível em: <https://perma.cc/7347-U5LL>. Acesso em: 4 nov. 2024.

²⁴⁹ LYTTON, Using tort litigation to enhance regulatory policy making, p. 311.

²⁵⁰ LYTTON, *idem*; BOYLE, Patrick. *Scout's honor: Sexual abuse in America's most trusted institution*. Rocklin, CA: Prima Publishing, 1994.

²⁵¹ LYTTON, *idem*; BOYLE, *idem*.

implementou mudanças nas políticas para proteger as vítimas de abuso. Em resposta ao escândalo, a instituição criou a "Safe Sport Policy", uma política de segurança com normas de conduta projetadas para prevenir abusos sexuais²⁵².

Apesar dessas reformas internas, Lytton adverte que elas podem ter como objetivo apenas melhorar a imagem pública das instituições, sem que enfrentem, de fato, as causas subjacentes dos problemas. Ainda assim, o autor conclui que, especialmente no caso de abuso clerical, os processos não apenas expuseram os abusos, mas também reforçaram a narrativa de falha institucional e a necessidade de mudanças sistêmicas. Esse movimento impactou a opinião pública e incentivou tanto a Igreja quanto o governo a responderem com reformas significativas²⁵³.

3.3. Conclusões advindas dos estudos práticos: o Poder Judiciário como agente complementar de regulação e transformação social

A análise das conclusões dos estudos citados demonstra que o Poder Judiciário transcende sua função tradicional de resolver conflitos, assumindo o papel de agente de prospecção informacional e catalisador de mudanças estruturais. Casos envolvendo a indústria do tabaco, a crise dos opioides, a segurança da indústria bélica e os abusos sexuais correntes contra menores no interior de instituições ilustram como o Judiciário, ao expor informações antes encobertas, gera pressão social sobre organizações para ajustarem suas práticas de forma responsável e fortalece políticas públicas.

²⁵² USA GYMNASTICS. *Safe Sport Policy*. p. 13–17, 2019. Disponível em: <https://perma.cc/3DHP-TNL8>. Acesso em: 4 nov. 2024.

²⁵³ LYTTON, Timothy D. *Clergy Sexual Abuse Litigation: The Policymaking Role of Tort Law*. Connecticut Law Review, v. 39, n. 3, p. 809-879, fev. 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=963251>. Acesso em: 4 nov. 2024; LYTTON, Timothy D. Framing clergy sexual abuse as an institutional failure: how tort litigation influences media coverage. *William Mitchell Law Review*, v. 36, n. 1, Artigo 3, 2009. LYTTON, Using tort litigation to enhance regulatory policy making, p. 312. Sobre como empresas podem manipular sanções reputacionais investindo em táticas de relações públicas para suavizar a percepção negativa sobre seus erros, ver: SHAPIRA, Roy. Reputation through litigation: how the legal system shapes behavior by producing information. *Washington Law Review*, v. 91, n. 3, p. 1193-1252, 2016

²⁵³ LYTTON, Timothy D. *Clergy Sexual Abuse Litigation: The Policymaking Role of Tort Law*. Connecticut Law Review, v. 39, n. 3, p. 809-879, fev. 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=963251>. Acesso em: 4 nov. 2024; LYTTON, Timothy D. Framing clergy sexual abuse as an institutional failure: how tort litigation influences media coverage. *William Mitchell Law Review*, v. 36, n. 1, Artigo 3, 2009. LYTTON, Using tort litigation to enhance regulatory policy making, p. 312. Sobre como empresas podem manipular sanções reputacionais investindo em táticas de relações públicas para suavizar a percepção negativa sobre seus erros, ver: SHAPIRA, Roy. Reputation through litigation: how the legal system shapes behavior by producing information. *Washington Law Review*, v. 91, n. 3, p. 1193-1252, 2016

Essa função prospectiva tem amplas implicações, promovendo transparência e uma consciência social que transcende os casos individuais. A partir dos processos judiciais, o Judiciário mobiliza outros setores, como a mídia e o legislativo, fomentando a busca por soluções para problemas sistêmicos. Em outras palavras, o Judiciário não apenas repreende, mas molda o entendimento público sobre comportamentos aceitáveis, influenciando diretamente práticas corporativas e discussões éticas.

Diante da complexidade crescente dos problemas sociais e do controle informacional pelas corporações, defende-se que o Judiciário deve consolidar seu papel como instância prospectiva, fortalecendo a regulação indireta por meio de pressões por transparência e responsabilidade social. Para isso, será essencial desenvolver procedimentos que incentivem a cooperação entre instituições e garantam que as práticas de transparência sejam devidamente incorporadas. Pesquisas futuras devem focar na criação de mecanismos eficazes que suportem esse novo papel do Judiciário.

3.4. Jurisdição prospectiva no contexto brasileiro como um ramo mais específico das teorias do diálogo institucional

Apesar de a contextualização da função do Judiciário em um sentido de complementariedade, e não de protagonismo (seja para exaltação ou crítica), aparentar ir na contramão dos debates doutrinários atuais, entende-se que este não é o caso. Assim, delineando alguns caminhos iniciais para integrar essa prática à realidade, propõe-se inseri-la em um contexto doutrinário mais amplo, relacionado ao exame do desenho institucional dialógico.

Com efeito, autores brasileiros como Conrado Hübner Mendes, Clèmerson Merlin Clève, Bruno Meneses Lorenzetto, Vanice Lírio do Valle, Cecília de Almeida Silva e Martin Petiz têm apresentado críticas aos arranjos institucionais que privilegiam os monólogos dos poderes, defendendo uma interação mais flexível e dialógica entre Judiciário, Executivo e Legislativo. Segundo essa perspectiva, a prática dos diálogos institucionais propõe uma releitura da separação de poderes, substituindo o modelo tradicional e rígido por uma abordagem mais colaborativa e flexível, em que as decisões de cada um dos poderes assumem um caráter parcialmente definitivo, podendo ser contestadas e revistas por outras instâncias. Essa concepção reflete a compreensão de que cada poder possui características e

limitações próprias que influenciam suas decisões, reforçando a importância de canais de diálogo entre as instituições²⁵⁴.

A prática de diálogos institucionais não impede que um poder eventualmente prevaleça, mas favorece uma comunicação contínua, permitindo decisões mais alinhadas aos interesses e valores compartilhados entre as diversas esferas institucionais e a sociedade. Ademais, ao mitigar o papel do Judiciário como "última palavra" em conflitos, atenua-se o problema contramajoritário, pois as decisões não ficam exclusivamente sob sua tutela e escrutínio, tornando-o mais aberto a influências epistêmicas de outras instituições e das partes afetadas, o que evita uma postura isolada e autorreferencial.

As teorias do diálogo introduzem, nesse sentido, os conceitos de "última palavra provisória" e de "rodadas procedimentais", segundo os quais tanto o direito quanto a política demandam decisões que não sejam absolutas e imutáveis, mas provisórias, permitindo um processo de continuidade deliberativa. Assim, em vez de assumir uma posição final e definitiva, o Judiciário participa de um debate constante, integrando diferentes perspectivas e adaptando-se às transformações sociais.

Sobre esse aspecto, as seguintes passagens da obra de Conrado Hübner Mendes:

Acredito que teorias da última palavra e do diálogo não sejam projetos teóricos antagônicos. Ambos procuram responder a perguntas diferentes. Diferentes, porém não independentes. Mostrar essa interdependência é um dos objetivos desse capítulo. Ao serem apartados, correm o risco de fornecer uma resposta incompleta e parcial a um problema mais abrangente. Reconheço que teorias da última palavra apontam para uma questão relevante do ponto de vista da construção institucional. Afirmo, todavia, que tal questão seria mais bem entendida se fosse rephraseada. Por meio dos conceitos de "última palavra provisória" e de "rodadas procedimentais", procuro dar a exata dimensão e limitação daquela pergunta. Teorias do diálogo, ao observarem o fato da continuidade (das "sequências legislativas", e

²⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015; MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 59-89, set./dez. 2014; VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. Abertura dialógica no controle abstrato de constitucionalidade: um olhar ainda preceitual. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 105-129, out./ dez. 2010; PETIZ, Martin Magnus. O Estado de Coisas Inconstitucional como estratégia de diálogo institucional no julgamento da ADPF 347 MC/DF pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 1–31, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revise/article/view/26989>. Acesso em: 10 nov. 2024.

assim por diante), põem a simples existência da revisão judicial sob uma nova luz. Última palavra e diálogo, nesse sentido, complementam-se. Assim como o direito e a política precisam de “últimas palavras provisórias”, precisam também de continuidade²⁵⁵.

Essa forma de ver as instituições não impede que os conflitos “cheguem às Cortes, mas reconhece que o diálogo pode ter continuidade para além das Cortes”²⁵⁶, o que ressoa diretamente com as propostas e resultados esperados quando se pensa no perfil prospectivo da jurisdição.

Como mencionado anteriormente, não se tem conhecimento de um estudo sistemático sobre a produção de informações encobertas no contexto dos processos judiciais na doutrina brasileira. Isso não significa que tal fenômeno não ocorra, mas evidencia a importância de pesquisas nesse sentido. De início, chama nossa atenção o fato de que o Código de Processo Civil de 2015, ao tratar do julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas, traz a seguinte determinação:

Se o incidente tiver por objeto 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 adotada²⁵⁷.

A ideia de “obedecer à tese” não se insere exatamente no âmbito da jurisdição prospectiva, mas sim da jurisdição preventiva, pois busca assegurar que os entes regulatórios deem efetividade à decisão da Corte. No entanto, considerar a criação de deveres ou incentivos para a comunicação dos resultados, voltados não apenas aos entes estatais, mas também a entidades privadas interessadas, poderia, de algum modo, estimular uma adequação interna espontânea. Isso removeria a primeira das barreiras a esse aprimoramento: o conhecimento e a comunicação no sentido Corte-instituição. De todo modo, vê-se com bons olhos o fato de o Código de Processo Civil ter previsto norma referente ao diálogo entre os poderes.

Avançando, cabe mencionar a prática, reconhecida e recomendada pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, de “designação, pelo juízo, de comitê

²⁵⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 238.

²⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015, p. 197.

²⁵⁷ CPC, art. 985, § 2º.

interdisciplinar ou instalação de sala de situação, para acompanhamento e controle jurisdicional da efetividade da fase de implementação em processos estruturais, com participação do órgão jurisdicional na supervisão da atuação dos sujeitos envolvidos”. Essa atuação se aplica a casos em que, dada a complexidade e a natureza mutável do litígio, especialistas e representantes da coletividade são convocados para auxiliar na elaboração conjunta e dialógica das medidas a serem implementadas²⁵⁸.

Conforme o “rol de boas práticas”, medidas nesse sentido foram adotadas no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 709, na qual o Supremo Tribunal Federal instalou uma “Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do surgimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato”, durante a pandemia de COVID-19.

A ADPF 709, proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), tinha como objetivo garantir a proteção das comunidades originárias frente à pandemia de COVID-19, solicitando ao Supremo Tribunal Federal a adoção de medidas para impedir a contaminação e preservar a saúde desses povos, especialmente daqueles em isolamento ou de recente contato. Em particular, pleiteou-se a criação de barreiras sanitárias para restringir o ingresso de terceiros nas terras das comunidades isoladas, além da implementação de um plano coordenado de combate à COVID-19, com a participação de órgãos técnicos e representantes dos próprios povos.

No julgamento da medida cautelar, confirmada pelo Pleno do STF, o relator fixou as seguintes providências: criação de barreiras sanitárias; criação de uma sala de situação para a gestão de ações de combate à pandemia no que tange aos povos em isolamento; e a necessidade de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas²⁵⁹.

²⁵⁸Boa prática n. 8 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

²⁵⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2020. Para uma análise deste caso à luz da teoria dos processos estruturais, ver: ZANETI JÚNIOR, Hermes; NUNES, Leonardo Silva; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; GOMES, Kessler Cotta. Enfrentando o vírus no tribunal: a litigância estrutural pelas lentes do processo na ADPF 709. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Distrito Federal, Brasil, v. 4, n. 1, p. 299–335,

A ideia de implementar a prática de supervisionamento e diálogo acerca de uma decisão nuclear se adequa tanto às necessidades de adaptação, dinamismo e “provimentos em cascata” descritos pela teoria dos processos estruturais, bem como às ideias de abertura dialógica e complementariedade institucional atreladas à jurisdição prospectiva²⁶⁰.

Em termos normativos, é possível pensar na criação de incentivos para práticas adaptativas dentro de organizações potencialmente violadoras de direitos. Isto é, mecanismos que recompensem, em situações indenizatórias, organizações que demonstrem a implementação de medidas sérias voltadas à erradicação de danos. Nos Estados Unidos, por exemplo, as Diretrizes Federais de Sentenciamento (*Federal Sentencing Guidelines*), que orientam juízes na imposição de penas em processos criminais federais, permitem que as Cortes reduzam multas a serem aplicadas a corporações que tenham procedimentos eficientes de ética e *compliance*²⁶¹. Em sentido similar Omri Ben-Shahar propõe reduzir a penalidade imposta a empresas que promovam *recall* de seus produtos defeituosos²⁶².

Esses exemplos, embora breves, permitem vislumbrar maneiras de expandir a função jurisdicional para além de seu papel tradicional de resolução de conflitos, enquanto prolatora da palavra final. O objetivo deste trabalho, contudo, não é

2024. DOI: 10.53798/suprema.2024.v4.n1.a367. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/367>. Acesso em: 18 dez. 2024; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; SERAFIM, Matheus; ALBUQUERQUE, Felipe. Processos estruturais e COVID-19: efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 8, 2021.

²⁶⁰ Em tese, essa ideia pode ser expandida para a utilização do instituto do “Estado de Coisas Inconstitucional”, embora isso ainda não reflita a prática brasileira. Nesse sentido: PETIZ, M. M. O Estado de Coisas Inconstitucional como estratégia de diálogo institucional no julgamento da ADPF 347 MC/DF pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Ciências do Estado*, v. 6, n. 1, p. 1–31, 2021. Para análises críticas do instituto, ver: MAIA, Isabelly Cysne Augusto. *Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos: por novos protagonistas na esfera pública democrática*. 2018. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018; MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 14, n. 3, e32760, set./dez. 2019.

²⁶¹ UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. U.S. Sentencing Guidelines Manual. § 8C2.5(f), 2006. Disponível em: https://guidelines.ussc.gov/apex/r/ussc_apex/guidelinesapp/guidelines?app_gl_id=§8C2.5. Acesso em: 5 nov. 2024.

²⁶² Omri Ben-Shahar discute a distorção nas decisões de *recall* de produtos, a qual é causada pelo movimento de aumento de reclamações que ocorre após um fabricante realizar a medida. Ele propõe como solução uma regra de indenização que reduza a responsabilidade do fabricante em tal situação, eliminando o incentivo de manter o produto defeituoso no mercado por tempo excessivo. Segundo o autor, a ausência de incentivos acaba por desestimular pesquisas sobre segurança de produtos, que são socialmente benéficas (BEN-SHAHAR, Omri. How liability distorts incentives of manufacturers to recall products. *Social Science Research Network*, Working Paper No. 655804, 2005).

comprovar esse movimento por meio de institutos e exemplos práticos, mas propor a discussão e inseri-la no campo da teoria.

Com o objetivo de contribuir para estudos futuros, as capacidades que alguns institutos poderiam apresentar são evidenciadas, caso fossem utilizados conscientemente para facilitar a incorporação das informações dos processos à prática interna das instituições e ao diálogo institucional com os demais poderes estatais. Ainda, considera-se a possibilidade de instrumentos ainda não institucionalizado possam servir a essa prática.

Por fim, destaca-se a importância de acompanhar os desdobramentos e conclusões que surgirem ao longo da tramitação do Projeto de Lei de Processos Estruturais. Nesse contexto, faz-se essencial refletir sobre o aspecto prospectivo do processo, que deve ser cuidadosamente analisado pelos juristas ao lidarem com casos de elevada complexidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“O difícil não é viver com as pessoas, o difícil é compreendê-las”²⁶³.

Este trabalho buscou evidenciar que a jurisdição contemporânea ultrapassa o papel tradicional de mera aplicação da norma, refletindo uma mudança essencial para a promoção da justiça em contextos sociais complexos. A análise dos paradigmas racionalista e constitucionalista demonstrou que a jurisdição evoluiu de um modelo formalista para uma abordagem que incorpora valores fundamentais. Com isso, a função jurisdicional passou a responder às mudanças no entendimento do direito e no funcionamento das instituições públicas, adequando-se aos desafios de uma sociedade plural e em constante transformação.

A constitucionalização do direito, a democratização dos processos judiciais e políticos de tomada de decisão e a instrumentalidade processual representam movimentos fundamentais nesse sentido, contribuindo para a construção de possibilidades processuais em sintonia com a realidade contemporânea, tanto sob o aspecto metodológico quanto principiológico, promovendo um diálogo essencial para a efetividade da tutela jurisdicional. Nesse contexto, o diálogo não apenas colabora para a construção de soluções mais adequadas, mas também configura um passo indispensável para o correto dimensionamento dos conflitos, permitindo uma intervenção jurisdicional que respeite suas complexidades.

Ademais, propôs-se analisar como o direito tem respondido em termos de adequada compreensão dos conflitos. A ampliação do papel do Judiciário em conflitos policêntricos exige uma estrutura processual adaptável e uma formação judicial que vá além do conhecimento técnico-jurídico. Essa nova postura requer habilidades adicionais dos profissionais do Judiciário, como a flexibilização processual, o trabalho interdisciplinar e a compreensão dos impactos extrajudiciais das decisões. Embora o Judiciário deva respeitar os limites de sua função, ele também pode colaborar com as demais esferas do poder na promoção de um sistema de justiça que responda de forma inclusiva e responsável às demandas de uma sociedade complexa.

²⁶³ SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Destaca-se um perfil prospectivo da jurisdição, capaz de incentivar reformas institucionais independentemente da decisão final proferida. Esse caráter é especialmente importante em cenários com assimetrias informacionais e limitações dos mecanismos tradicionais de controle, nos quais o Judiciário se torna um agente colaborador na promoção de uma justiça prospectiva e dialógica. Essa atuação transcende a simples resolução individual de litígios, permitindo que o Judiciário funcione como canal de produção de conhecimento público e de responsabilidade social.

O Código de Processo Civil de 2015, em conjunto com o arcabouço teórico derivado da Constituição, parece adequado para atender a essas demandas, promovendo flexibilidade e diálogo entre as partes e o juiz. Entretanto, a prática judicial ainda enfrenta desafios para concretizar esses avanços, especialmente na utilização de métodos dialógicos de forma que realmente represente progresso efetivo na democratização do direito e na resolução de conflitos.

Por fim, embora este trabalho não esgote o tema das formas e funções da jurisdição, ele oferece um panorama sobre as bases teóricas que fundamentam uma tomada de decisão orientada pela defesa dos direitos em diferentes perfis – repressivo, preventivo e prospectivo. Os elementos teóricos e metodológicos que orientam a efetivação de provimentos jurisdicionais complexos e a construção de uma dogmática processual comprometida com valores dialógicos ainda têm um longo caminho a percorrer, mas representam avanços importantes na consolidação de uma jurisdição mais efetiva.

Em síntese, a ampliação do papel da jurisdição em direção a uma abordagem prospectiva e preventiva constitui uma evolução significativa, mas traz consigo desafios práticos, carecendo de uma adaptação efetiva e sistematizada para concretizar os avanços propostos, sobretudo na adoção de métodos dialógicos que deem voz ativa aos diferentes atores sociais envolvidos.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 2, p. 188-223, 2005.
- ALIGICA, Paul D.; TARKO, Vlad. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 2, p. 237-262, 2012.
- ALPERT, Abby E.; EVANS, William N.; LIEBER, Ethan M. J.; POWELL, David. Origins of the Opioid Crisis and Its Enduring Impacts. NBER Working Paper No. 26500. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, nov. 2019. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w26500>. Acesso em: 20 out. 2024.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, s/n, 2016. Disponível em <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2024.
- ARENHART, Sérgio Cruz. “O devido processo legal”. In MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais – ‘processos estruturais’ e ‘separação de poderes’. *Revista de Processo*, v. 331, p. 239-259, 2022.
- ARGUELHES, Diego Werneck; ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Seis vezes “onze ilhas”: os múltiplos sentidos de individualismo em interpretações sobre o STF. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 11, n. 1, 2024. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/e260>. Acesso em: 1 nov. 2024.
- BACHAR, Gilat Juli. A duty to disclose social injustice torts. *Arizona State Law Journal*, v. 55, n. 1, p. 41-90, 2023.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: _____. *Temas de direito processual – Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados ‘interesses difusos’. In: *Temas de direito processual – Primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei: algumas reflexões. *R. Dir. Proc. Geral*, n. 38, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *R. Dir. Adm.*, n. 240, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, 2010, pp. 5-43, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. "O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto". In GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; NERO, Patrícia Aurélia Del. (Orgs.). *Neoconstitucionalismo em Perspectiva*. Viçosa: Editora UFV, 2014.

BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BEN-SHAHAR, Omri. How liability distorts incentives of manufacturers to recall products. *Social Science Research Network*, Working Paper No. 655804, 2005.

BERNSTEIN, David E. *Lochner v. New York: a centennial retrospective*. *Washington University Law Quarterly*, St. Louis, v. 83, n. 5, p. 1469-1528, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Editora UnB, 2017.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BOYLE, Patrick. *Scout's honor: Sexual abuse in America's most trusted institution*. Rocklin, CA: Prima Publishing, 1994.

BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

BUBLICK, Ellen M. Tort Common Law Future: Preventing Harm and Providing Redress to the Uncounted Injured. *Journal of Tort Law*, v. 14, n. 2, p. 279-308, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/jtl-2022-0010>. Acesso em: 3 nov. 2024.

BUENO, Cássio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Máira Terra (orgs.). *Processo Civil – Novas tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008. v. 1.

BULOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1964.

BUZAID, Alfredo. *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2002.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Acordos nos processos estruturais. In REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Coletivização e Unidade do Direito* [ebook]. Londrina: Editora Thoth, 2019, capítulo 26.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, v. 60, p. 110-117, out.-dez., 1990.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, 1998.

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

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal*. Trad. José Casais y Santalo. Madrid: Editorial Réus, 1922.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. v. 2. Campinas: Bookseller, 2000.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (por uma dogmática constitucional emancipatória). In: LEMBO, Cláudio. (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Princípio não é norma*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2024.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243>. Acesso em: 1 nov. 2024.

DAMAZIO, Caio Lucca; NUNES, Leonardo Silva. Processo coletivo estrutural e neoconstitucionalismo: entre o ativismo judicial e a judicialização da política. In: NUNES, Leonardo Silva (Coord.); MAPA, Amanda Michelle Faria Araújo; MACHADO, Gisele Fernandes (Orgs.). *Dos litígios aos processos estruturais*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2022

DANIEL, Marina Oliveira; NUNES, Leonardo Silva. A recuperação judicial de empresas como processo estrutural. In: NUNES, Leonardo Silva (coord.); MAPA, Amanda Michelle Faria Araújo; MACHADO, Gisele Fernandes (orgs.). *Dos litígios aos processos estruturais*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

DIDIER JR., Freddie; ZANNETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie; ZANNETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303, pp. 45-81, 2020.

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Gênesis de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, p. 530-541, jul./set. 2001

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DISHMAN, Elysa M. Enforcement piggybacking and multistate actions. *BYU Law Review*, v. 2019, n. 2, p. 421-449, 2019.

DRAKEMAN, Donald. The Substance of Process: *Lochner v. New York*. In: GEORGE, Robert P. (Org.). *Great Cases in Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

EISENBERG, Melvin Aron. Participation, responsiveness, and the consultative process: an essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 92, n. 2, p. 410-432, 1978.

ENGSTROM, Nora Freeman; RABIN, Robert L. Pursuing public health through litigation: lessons from tobacco and opioids. *Stanford Law Review*, v. 73, p. 285-362, fev. 2021.

ESKRIDGE, William N.; FRICKEY, Philip P. Legislation Scholarship and Pedagogy in the Post-Legal Process Era. *Pittsburgh Law Review*, v. 48, p. 691-780, 1987.

ESKRIDGE, William N. Jr.; FRICKEY, Philip P. The Making of The Legal Process. *Harvard Law Review*, v. 107, n. 8, 1994.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, 2018.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FERRARO, Marcella Pereira. Litígios estruturais no processo constitucional: potencialidades e limitações de reformas estruturais via habeas corpus. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Da interpretação da lei à interpretação do direito nas decisões judiciais. Palestra realizada em 2022, no Conselho da Justiça Federal, Brasília. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4wll6RqrCN8&t=205s>. Acesso em: 14 out. 2024.

FERRAZ, Taís Schilling. A atividade do juiz frente aos litígios estruturais: mais conexões; menos protagonismo. In: REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Coletivização e Unidade do Direito* [ebook]. Londrina: Editora Thoth, 2019. Capítulo 23.

FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Amicus curiae em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte? *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, pp. 169 – 185, 2017.

FISS, Owen. The civil rights injunction. *Indiana University Press*, 1978.

FISS, Owen M. The forms of justice: The Supreme Court, 1978 Term - Foreword. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, 1979.

FISS, O. M. The social and political foundations of adjudication. *Law and Human Behavior*, v. 6, n. 2, p. 121-128, 1982.

FISS, Owen. As formas de Justiça. In: COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; SERAFIM, Matheus; ALBUQUERQUE, Felipe. Processos estruturais e COVID-19: efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 8, 2021.

FULLER, Lon L. American legal realism. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 82, 1934.

FULLER, Lon L. *The Law in Quest of Itself*. Chicago: The Foundation Press, 1940.

FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, p. 630-661, 1958.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven; London: Yale University Press, 1964.

FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 92, n. 2, p. 353-409, 1978.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 82, n. 3, p. 165-187, jul./set. 2016.

GALLIE, W. B. Essentially contested concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 56, 1956.

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

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: _____. (Org.). *Por una justicia dialógica: el Poder*

Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.

GAVISON, Ruth E. The role of courts in rifted democracies. *Israel Law Review*, v. 33, p. 216-258, 1999.

GLANTZ, Stanton. Lawsuits against companies aren't just about getting money. They're about revealing the truth. *The Washington Post*, 9 set. 2019. Disponível em: <https://perma.cc/9S78-HXJG>. Acesso em: 18 out. 2024.

GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar? *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 60, n. 3, pp. 137-159, 2015. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/42513/26943>>. Acesso em 5 mar. 2023.

GROSSI, Paolo. *Primeiras Lições sobre o Direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GUIMARÃES, Livia Gil. Participação social no STF: repensando o papel das audiências públicas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 236-271, 2020.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. *Revista Direito Público*, v. 11, n. 60, 2014.

HASBROUCK, Brandon. Movement Judges. *New York University Law Review*, v. 97, n. 2, p. 631-695, 2022. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlufac/714>. Acesso em: 29 set. 2024.

HOCHBERG, Mark S.; SEIB, Carolyn D.; BERMAN, Russell S.; KALET, Adina L.; ZABAR, Sondra R.; PACHTER, H. Leon. Malpractice in an academic medical center: a frequently overlooked aspect of professionalism education. *Academic Medicine*, v. 86, n. 3, p. 365-368, mar. 2011. Disponível em: http://journals.lww.com/academicmedicine/Fulltext/2011/03000/Malpractice_in_an_Academic_Medical_Center__A.24.aspx. Acesso em: 23 out. 2024.

JACOBSON, Peter D.; WARNER, Kenneth E. Litigation and Public Health Policy Making: The Case of Tobacco Control. *Journal of Health Politics, Policy and Law*, v. 24, n. 4, p. 769–804, 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.1215/03616878-24-4-769>. Acesso em: 4 nov. 2024.

JOBIM, Marco Felix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

JUNOY, Joan Picó I. *Las garantías constitucionales del proceso*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2002.

KARPOFF, Jonathan M. Does reputation work to discipline corporate misconduct? In: POLLOCK, Timothy G.; BARNETT, Michael L. (eds.). *The Oxford handbook of corporate reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KEATING, Gregory C. Form and function in tort theory. *Center for Law and Social Science*, Research Paper Series No. CLASS22-24, 18 ago. 2022.

KING, Jeff A. The Pervasiveness of Polycentricity. *Public Law*, n. 1, p. 101-124, 2008.

KLEINDORFER, Paul R.; ORTS, Eric W. Informational Regulation of Environmental Risks. *Risk Analysis*, v. 18, n. 2, p. 155-170, 1998.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider. AADPF 347 e o “estado de coisas inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 53, p. 147-181, 2018.

LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado *et al* (coords.). *Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LANGEVOORT, Donald C. Organized illusions: a behavioral theory of why corporations mislead stock market investors (and cause other social harms). *University of Pennsylvania Law Review*, v. 146, p. 101-120, 1997.

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 331-372, 2018.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Processo coletivo, estrutural e dialógico: o papel do juiz-articulador na interação entre os partícipes na ação civil pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 21, n. 84, p. 169-198, abr./jun. 2021.

LUND, Christian. Chekhov’s gun and narrative topography in social science texts. *Anthropology and Humanism*, v. 46, p. 54-68, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/anhu.12321>. Acesso em: 10 nov. 2024.

LYTTON, Timothy D. Suing the gun industry: the complementary role of tort litigation. In: LYTTON, Timothy D. (ed.). *Suing the gun industry: a battle at the crossroads of gun control and mass torts*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005.

LYTTON, Timothy D. Clergy sexual abuse litigation: the policymaking role of tort law. *Connecticut Law Review*, v. 39, n. 3, p. 809-879, fev. 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=963251>. Acesso em: 4 nov. 2024.

LYTTON, Timothy D. Using tort litigation to enhance regulatory policy making: evaluating climate-change litigation in light of lessons from gun-industry and clergy-sexual-abuse lawsuits. *Texas Law Review*, v. 86, n. 1837, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1242922>. Acesso em: 4 nov. 2024.

LYTTON, Timothy D. Framing clergy sexual abuse as an institutional failure: how tort litigation influences media coverage. *William Mitchell Law Review*, v. 36, n. 1, Artigo 3, 2009.

MACEDO, Elaine Harzheim; BRAUN, Paola Roos. Jurisdição segundo Giuseppe Chiovenda versus jurisdição no paradigma do processo democrático de direito: algumas reflexões. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, Curitiba, PR, ano VI, n. 12, jul./dez. 2014.

MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 14, n. 3, set./dez. 2019.

MAIA, Isabelly Cysne Augusto. *Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos: por novos protagonistas na esfera pública democrática*. 2018. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

MARCUS, Richard L. Public law litigation and legal scholarship. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 21, 1988. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol21/iss4/7>. Acesso em: 4 nov. 2024

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281> Acesso em: 19 out. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; RAGONE, Álvaro Pérez; OJEDA, Raúl Núñez. *Fundamentos del proceso civil: hacia una teoría de la adjudicación*. Santiago: Abeledo Perrot, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

MARONA, Marjorie; MAGALHÃES, Lucas Fernandes de; ARAÚJO, Mateus Moraes. Por que são convocadas as Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal? *Revista de Sociologia e Política*, v. 30, 2022.

MATHER, Lynn. Theorizing about trial courts: lawyers, policymaking, and tobacco litigation. *Law and Social Inquiry*, v. 23, 1998, p. 897-940.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: Comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, n. 8, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trinta anos, uma Constituição, Três Supremos: autorrestrrição, expansão e ambivalência. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 1, pp. 1-28, 2018.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MISHINA, Yuri; BLOCK, Elizabeth S.; MANNOR, Michael J. The path dependence of organizational reputation: how social judgment influences assessments of capability and character. *Strategic Management Journal*, v. 33, p. 459-461, 2012.

MITIDIERO, Daniel. Processo constitucional e direito ao diálogo no processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MORAES, Daniela Marques de. *A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

MORAES, Daniela Marques de; PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Crise do processo ou crise da jurisdição? O acesso à justiça pela vertente do direito material. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; TAVARES NETO, José Querino; MONTERO, Regina Garcimartín; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (orgs.). *Processo, administração e jurisdição da justiça e formas consensuais de solução de conflitos*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019.

MORAES, Daniela Marques de; SOUZA, Wilson Alves de. Retrocesso social, acesso à justiça e democracia. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 18, n. 1, 2023. DOI: 10.5902/1981369456921. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/56921>. Acesso em: 1 nov. 2024.

NUNES, Leonardo Silva. A certificação de processos estruturais. In: REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Coletivização e unidade do direito*. Londrina: Thoth, 2019.

NUNES, Leonardo Silva. Notas sobre a consensualidade nos processos estruturais. In: VITORELLI, Edilson; et al. (orgs.). *Coletivização e unidade do direito – Vol. II*. Londrina: Thoth, 2020.

NUNES, Leonardo; COTA, Samuel Paiva. O caso Mariana: uma análise dos acordos homologados à luz do litígio estrutural e do regime processual em vigor. In: SOARES, Carlos Henrique; NUNES, Leonardo Silva; ÁVILA, Luiz Augusto de Lima

(orgs.). *Direito em tempos de crise: soluções processuais adequadas para a tutela de direitos coletivos e individuais*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

NUNES, Leonardo Silva. Ensaio sobre a postulação móvel nos processos estruturais. In: VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo; ZANETI JR., Hermes; REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (orgs.). *Coletivização e unidade do direito – Vol. IV*. Londrina: Thoth, 2023.

NUNES, Leonardo Silva. The articulation of the functions of the State in the proper conduct of structural reforms. In: BUSTAMANTE RÚA, Mónica; ALFARO VALVERDE, Luis (Coord.). *Independencia judicial en el tercer milenio: Call for papers del XVII Congreso Mundial de Derecho Procesal*. Lima: Palestra Editores, IAPL, Facultad de Derecho PUCP, 2023

OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Seção Artigos, 2003. Disponível em: [http://www.abdpc.Org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.Org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em: 5 mar. 2023.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OSNA, Gustavo. Nem "tudo", nem "nada" – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PELLER, Gary. Neutral Principles in the 1950s. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 21, n. 4, p. 561-587, 1988. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol21/iss4/5>. Acesso em: 14 out. 2024.

PERCIVAL, Robert V.; SCHROEDER, Christopher H.; MILLER, Alan S.; LEAPE, James P. *Environmental regulation: law, science, and policy*. 6. ed. Book Gallery, 2009.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. *Revista da AJURIS*. v. 104, Porto Alegre: AJURIS, 2006.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico

do acesso à justiça. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 33-56, jan./jun. 2012.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques. A imprescindível reforma no e do poder Judiciário como corolário do acesso à justiça. *Conpedi Law Review*, v. 1, p. 114-144, 2015.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; NERY, Rodrigo. A fundamentação como um dos pressupostos de existência das decisões judiciais. *Revista de Processo*, v. 328, 2022.

PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 489, §1º, incisos V e VI, do CPC de 2015: justificação da decisão judicial e o argumento por precedente. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). *O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do art. 489*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa; MARINONI, Luis Guilherme. (Re)descoberta dos fatos e sua adequada deliberação no processo constitucional. *JOTA*, 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columas/observatorio-constitucional/a-redescoberta-dos-fatos-e-sua-adequada-deliberacao-no-processo-constitucional>. Acesso em: 10 nov. 2024.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PETERS, Christopher J. Adjudication as representation. *Columbia Law Review*, New York, v. 97, n. 2, p. 312-416, 1997.

PETIZ, Martin Magnus. O Estado de Coisas Inconstitucional como estratégia de diálogo institucional no julgamento da ADPF 347 MC/DF pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 1–31, 2021. DOI: 10.35699/2525-8036.2021.26989. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/26989>. Acesso em: 10 nov. 2024.

PITCHER, Harvey J. *The Chekhov play*. New York: Barnes & Noble, 1973.

POLANYI, Michael. *The Logic of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1951.

POPPER, Andrew F. In Defense of Deterrence. *Albany Law Review*, v. 75, n. 1, p. 181-204, 2011/2012. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/albany75&id=183>. Acesso em: 22 out. 2024

PRIMUS, Richard A. Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent. *Duke Law Journal*, Durham, v. 48, n. 2, p. 243-300, 1998.

PRINCE, David; RUBIN, Paul H. The effects of product liability litigation on the value of firms. *Social Science Research Network (SSRN)*, 15 abr. 2000. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=223433>. Acesso em: 22 out. 2024.

PUGA, Mariela. La l tis estructual en el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/737. Acesso em: 15 out. 2024.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: _____. (Org.). *Processo Civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Caio Víctor Ribeiro dos. *Litigância regulatória: como as ações coletivas podem regular a economia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2025 – no prelo.

SCHLANGER, Margo. Second best damage action deterrence. *DePaul Law Review*, v. 55, n. 2, p. 517-537, 2006.

SCHLANGER, Margo. Operationalizing deterrence: claims management (in hospitals, a large retailer, and jails and prisons). *Journal of Tort Law*, v. 2, n. 1, 2008. Disponível em: <http://www.bepress.com/jtl/vol2/iss1/art1>. Acesso em: 22 out. 2024.

SCHWARTZ, Joanna C. Myths and mechanics of deterrence: the role of lawsuits in law enforcement decisionmaking. *UCLA Law Review*, v. 57, 2010. CELS 2009 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper, UCLA School of Law Research Paper No. 10-13. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1432106>. Acesso em: 4 nov. 2024.

SCHWARTZ, Joanna C. What Police Learn from Lawsuits. *Cardozo Law Review*, v. 33, p. 841-891, 2012.

SCHWARTZ, Joanna C. Introspection through litigation. *Notre Dame Law Review*, v. 90, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2383605>. Acesso em: 4 nov. 2024.

SHAPIRA, Roy. Reputation through litigation: how the legal system shapes behavior by producing information. *Washington Law Review*, v. 91, n. 3, p. 1193-1252, 2016.

SHAPIRA, Roy; ZINGALES, Luigi. Is pollution value-maximizing? The DuPont case. *National Bureau of Economic Research Working Paper Series*, 2017. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w23866>. Acesso em: 10 nov. 2024.

SILVA, O v dio Araújo Baptista da. *Jurisdi   o e execu   o na tradi   o romano-can nica*. São Paulo: Revista Tribunais, 1996.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: _____. *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.53798/suprema.2021.v1.n1.a17>. Acesso em: 5 mar. 2023.

SLOAN, Frank A.; ELDRED, Lindsey Morgan. Litigation, settlement, and the public welfare: lessons from the Master Settlement Agreement. *Widener Law Review*, v. 17, p. 159-226, 2011.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 1, 2017.

SOUZA, Fernando Garcia. Política educacional – Suprema Corte dos EUA – caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) – julgamento em 17 de maio de 1954. In: COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (orgs.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

STEPHENSON JR., D. Grier. The Supreme Court and constitutional change: *Lochner v. New York* revisited. *Villanova Law Review*, v. 21, n. 2, p. 217-243, 1976.

SUMMERS, Robert S. *Lon L. Fuller*. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1984.

SUNSTEIN, Cass R. Informational regulation and informational standing: *Akins and beyond*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 147, p. 613, 1999. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol147/iss3/2. Acesso em: 8 nov. 2024.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A, 2012.

TEACHOUT, Peter Read. The Soul of the Fugue: An Essay on Reading Fuller. *Minnesota Law Review*, v. 70, n. 4, p. 1073-1095, 1986. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/2072>. Acesso em: 5 nov. 2024.

TERRY, Nicolas P. The opioid litigation unicorn. *South Carolina Law Review*, v. 70, n. 3, p. 637-666, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3308838>. Acesso em: 20 out. 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105, de 16.03.2015: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. As garantias constitucionais do processo civil no aniversário dos 30 anos da Constituição Federal. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do prof. Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TUSHNET, Mark. The significance of Brown v. Board of Education. *Virginia Law Review*, v. 80, n. 1, p. 173-184, 1994.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

U.S. CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS. *Charter for the Protection of Children and Young People*. Washington, D.C.: U.S. Conference of Catholic Bishops, 2002. Disponível em: <https://perma.cc/7347-U5LL>. Acesso em: 4 nov. 2024.

USA GYMNASTICS. *Safe Sport Policy*. p. 13–17, 2019. Disponível em: <https://perma.cc/3DHP-TNL8>. Acesso em: 4 nov. 2024. VADIVELU, Nandini; KAI, Angela M.; KODUMUDI, Vijay; SRAMCIK, Jennifer; KAYE, Alan D. The opioid crisis: a comprehensive overview. *Current Pain and Headache Reports*, v. 22, n. 3, p. 16, 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. Abertura dialógica no controle abstrato de constitucionalidade: um olhar ainda preceitual. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 105-129, out./ dez. 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 59-89, set./dez. 2014.

VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, p. 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 (orgs.). *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

VLADECK, David C. Defending Courts: A Brief Rejoinder to Professors Fried and Rosenberg. *Seton Hall Law Review*, v. 31, n. 3, p. 631-643, 2001. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/547>. Acesso em: 3 nov. 2024.

WAGNER, Wendy. *Stubborn Information Problems & the Regulatory Benefits of Gun Litigation*. In: LYTTON, Timothy D. (ed.). *Suing the gun industry: a battle at the crossroads of gun control and mass torts*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005.

WAGNER, Wendy. When All Else Fails: Regulatory Risky Products Through Tort Litigation. *Georgetown Law Journal*, v. 95, n. 3, p. 693-732, 2007. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/glj95&collection=journals&id=705&startid=&end=744>. Acesso em: 3 nov. 2024.

WAGNER, Wendy E. When a corporation's deliberate ignorance causes harm: charting a new role for tort law. *DePaul Law Review*, v. 72, n. 2, 2022. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4437393>. Acesso em: 22 out. 2024.

WAGNER, Wendy. When a corporation's deliberate ignorance causes harm: charting a new role for tort law. *DePaul Law Review*, Chicago, v. 72, n. 2, p. 413-456, Winter 2022-2023. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/deplr72&id=425&startid=&end=468>. Acesso em: 20 out. 2024.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WIECEK, William M. Is there a canon of constitutional history? *Constitutional Commentary*, v. 17, n. 2, p. 411, 2000.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *A Polêmica sobre la Actio* Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

ZANNETI JR., Hermes. Processo coletivo no Brasil: sucesso ou decepção?. In: REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Coletivização e Unidade do Direito* [ebook]. Londrina: Editora Thoth, 2019, capítulo 12.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; NUNES, Leonardo Silva; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; GOMES, Kessler Cotta. Enfrentando o vírus no tribunal: a litigância estrutural pelas lentes do processo na ADPF 709. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Distrito Federal, Brasil, v. 4, n. 1, p. 299–335, 2024. DOI: 10.53798/suprema.2024.v4.n1.a367. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/367>. Acesso em: 18 dez. 2024.

**ANEXO - RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL
PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE LEI DO PROCESSO ESTRUTURAL
NO BRASIL**

ANTEPROJETO DE LEI No , DE 2024

Disciplina o processo estrutural.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta lei disciplina as ações civis públicas destinadas a lidar com problemas estruturais.

§ 1º Os problemas estruturais são aqueles que não permitem solução adequada pelas técnicas tradicionais do processo comum, individual ou coletivo, e que se caracterizam por elementos como:

I-multipolaridade;

II- impacto social;

III - prospectividade;

IV - natureza incrementada e duradoura das intervenções necessárias;

V - complexidade;

VI - existência de situação grave de contínua e permanente irregularidade, por ação ou omissão; e

VII - intervenção no modo de atuação de instituição pública ou privada.

§ 2º O processo estrutural regula-se pelas disposições da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e, supletiva e subsidiariamente, pela Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 3º As providências estruturais também podem ser definidas em compromisso de ajustamento de conduta e outros mecanismos de autocomposição coletiva, aplicando-se, no que couber, o disposto nesta lei.

Art. 2º São normas fundamentais do processo estrutural:

I - prevenção e resolução consensual dos litígios estruturais, judicial ou extrajudicialmente;

- II - primazia de técnicas que compatibilizem a tutela efetiva do direito com as capacidades institucionais e as atribuições dos poderes e dos agentes tomadores de decisão;
- III - diálogo entre o juiz, as partes e os demais interessados, inclusive os potencialmente impactados pela decisão, para a construção de um contraditório efetivo na busca da solução plural e adequada;
- IV - participação dos grupos impactados, mediante a realização de consultas e audiências públicas e outras formas de participação direta e indireta;
- V - ampla publicidade e transparência;
- VI - consideração dos regramentos e dos impactos orçamentários e financeiros decorrentes das medidas estruturais;
- VII - flexibilidade do procedimento e das providências de estruturação, observado o contraditório efetivo, nos termos dos artigos 9º e 10, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);
- VIII - tratamento isonômico dos indivíduos pertencentes aos grupos impactados;
- IX - ênfase em medidas prospectivas, mediante elaboração de planos com objeto, metas, indicadores e cronogramas definidos, com implementação em prazo razoável;
- X - oralidade e instrumentalidade das formas; e
- XI - boa-fé e cooperação.

Art. 3º É competente para processar e julgar a demanda estrutural o foro do local da ação, omissão, dano ou ilícito.

§ 1º Na determinação da competência, observar-se-á o seguinte:

- I - havendo várias comarcas ou subseções judiciárias atingidas, dentro de um mesmo Estado ou Seção Judiciária, todas serão igualmente competentes, observada a prevenção;
- II - se os fatos atingirem a área da capital do Estado, será esta a competente; e
- III - se os fatos tiverem dimensão nacional, abrangendo mais de um Estado, será competente qualquer capital de Estado atingido ou o Distrito Federal, concorrentemente, observada a prevenção.

§ 2º Instaurados processos estruturais ou coletivos cuja solução possa interferir de forma direta na solução de outro processo estrutural, serão reunidos perante o juízo prevento que tenha competência material para todas as causas.

§ 3º Havendo divergência entre os juízos acerca da reunião, centralização ou distribuição de processos que devam tramitar em conjunto, aplicam-se as disposições sobre conflito de competência previstas nos arts. 951 a 959 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 4º Na condução dos processos estruturais, os juízes devem priorizar a adoção da cooperação judiciária, prevista nos arts. 67 a 69 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Art. 4º O juiz poderá, fundamentadamente, solicitar ao Tribunal, entre outras providências:

I - designação de outros juízes para que o processo seja conduzido e julgado, em primeiro grau de jurisdição, de forma colegiada; e

II - disponibilização de recursos humanos e materiais adequados às necessidades específicas do processo estrutural, para auxiliar, entre outras atividades, na convocação de interessados, obtenção e análise da prova e efetivação das decisões provisórias e definitivas.

§ 1º As partes e os demais interessados que participam do processo estrutural podem solicitar ao juiz a adoção das providências a que alude o *caput*.

§ 2º Os tribunais, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição do colegiado a que se refere o *caput* e os procedimentos a serem adotados para seu funcionamento.

Art. 5º O autor indicará, na petição inicial, o caráter estrutural do litígio, apresentando a descrição do caso, bem como os subsídios técnicos de que dispuser.

§ 1º Ao apreciar a petição inicial, o juiz poderá:

I - determinar que o autor a emende, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito;

II - rejeitar liminarmente o caráter estrutural do processo, determinando o seu prosseguimento pelo procedimento adequado; ou

III - determinar a citação do réu e, se for o caso, a intimação de terceiros que possam contribuir para a análise do caráter estrutural do processo.

§ 2º O réu será citado para, no prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) dias, manifestar-se sobre o caráter estrutural do processo, não incidindo a preclusão sobre as demais questões suscitadas pelo autor.

§ 3º O processo estrutural não será extinto por defeito de legitimidade ou de capacidade processual adequada da parte autora, sem que antes se dê a oportunidade a outro colegitimado de assumir a demanda, competindo ao magistrado promover a intimação dos possíveis representantes adequados para prosseguirem com o processo.

§ 4º O processo estrutural não será extinto por ilegitimidade passiva, sem que se permita a correção ou a integração do polo passivo com todos os sujeitos interessados e que possam ter responsabilidade na atuação estrutural buscada.

§ 5º Qualquer das partes e demais interessados que participe do processo pode indicar a natureza estrutural do litígio, devendo todos ser intimados para, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestarem-se a respeito dessa alegação.

§ 6º Se identificarem o litígio estrutural em processos individuais, o juiz ou o Centro de Inteligência do Poder Judiciário deverá oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se refere o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, para, se for o caso, promoverem a propositura da ação respectiva.

Art. 6º O caráter estrutural do litígio poderá ser reconhecido de forma consensual ou por decisão judicial.

§ 1º Preenchidos os requisitos legais e havendo consenso entre as partes quanto ao caráter estrutural do litígio, o processo será conduzido na forma prevista nesta lei.

§ 2º Se o caráter estrutural do litígio não for consensual, o juiz determinará a realização de audiência para oitiva das partes e dos demais interessados, podendo facultar a participação de especialistas, representantes dos grupos sociais impactados e de outros sujeitos que possam contribuir para o esclarecimento da questão.

§ 3º Persistindo o dissenso entre as partes, o juiz decidirá sobre o caráter estrutural do litígio.

§ 4º Para reconhecer o caráter estrutural do litígio, o juiz considerará, entre outros elementos, a abrangência social do conflito, a natureza dos direitos envolvidos, as informações técnicas disponíveis, a potencial efetividade e os limites e dificuldades da solução estrutural, assim como todos os fundamentos e argumentos apresentados pelas partes.

§ 5º Reconhecido ou rejeitado o caráter estrutural do litígio, o réu será intimado para, querendo, oferecer contestação.

Art. 7º O acordo ou a decisão judicial que atribuir caráter estrutural ao processo especificará o objeto da atuação estrutural sobre a qual recairá a atividade processual.

§ 1º O objeto da atuação estrutural deve ser específico e, uma vez definido, pode ser alterado apenas mediante acordo entre as partes, homologado pelo juiz.

§ 2º Observado o disposto no § 1º, as metas e indicadores da atuação estrutural podem ser alterados pelas partes, de comum acordo, ou por decisão judicial, com base em fatos supervenientes, em novas informações ou em diagnósticos que se tornem conhecidos no curso do processo, observado o procedimento previsto no art. 6º desta Lei.

Art. 8º Estabelecido o caráter estrutural do processo, o juiz deverá, com a participação das partes e, preferencialmente, com o consenso entre elas, verificar a pertinência da aplicação, entre outras, das seguintes técnicas processuais, de acordo com as peculiaridades do caso:

I - admissão de pessoas ou entidades representativas dos grupos impactados pelo litígio;

II - realização de reuniões ou consultas técnicas ou comunitárias;

III - realização de audiências públicas, com definição de metodologia adequada às características do litígio;

IV - designação de audiência de saneamento e organização compartilhada do processo, inclusive para a definição de pontos de consenso e de dissenso, bem como para criar oportunidades de acordos materiais e processuais entre as partes;

V - designação de calendário de audiências para tratar de aspectos específicos da controvérsia;

VI - designação de perito, consultor ou entidade que possa contribuir com o esclarecimento das questões técnicas, científicas ou financeiras envolvidas no conflito, bem como com o desenvolvimento das atividades de participação social;

VII - intimação de pessoas que tenham contribuições técnicas ou poder decisório sobre as questões controvertidas, para que participem de audiências designadas, independentemente de serem ou não partes no processo;

VIII - decisão de questões urgentes ou de questões específicas, sobre as quais não haja consenso e que tenham potencial para otimizar a pauta de atuação estrutural;

IX - definição de mecanismos de ampliação de publicidade e transparência, inclusive com uso de plataformas de tecnologia, aplicações de redes sociais ou da rede mundial de computadores para prestação de informações sobre a natureza do conflito e o andamento do processo;

X - comunicação, de ofício ou a requerimento das partes, aos juízes responsáveis por processos individuais e coletivos que tenham relação com o litígio estrutural, a fim de que avaliem a conveniência de suspendê-los, reuni-los ou centralizar a prática de atos processuais, de modo a permitir a solução coordenada e isonômica do litígio, sem prejuízo da adoção de medidas urgentes; e

XI - adoção de medidas de cooperação judiciária e interinstitucional com sujeitos que possam contribuir com a solução do litígio, bem como com a gestão dos demais processos individuais e coletivos relacionados ao objeto da controvérsia.

Art. 9º Decididas as questões alegadas pelo réu e produzidas informações suficientes nos autos, o juiz dirigirá as partes para a elaboração de um plano de atuação estrutural.

§ 1º Sempre que possível, o juiz facultará que a versão inicial do plano seja elaborada pelo sujeito encarregado da atividade sobre a qual recai o processo, valorizando seu conhecimento quanto ao objeto e considerando os obstáculos e as dificuldades reais da implementação das medidas.

§ 2º Quando possível e adequado, o plano será elaborado com a oitiva de pessoas e entidades, públicas ou privadas, bem como de representantes do grupo afetado.

§ 3º O plano de atuação estrutural conterá:

I - diagnóstico do litígio estrutural, considerando todas as informações disponíveis, sem prejuízo da realização de novos atos processuais para a sua complementação ou retificação;

II - metas específicas e aferíveis, descritas de forma clara e concreta, voltadas a alterar progressivamente a situação de fato objeto do processo;

III - indicadores quantitativos e qualitativos de alcance das metas;

IV - cronograma de implementação das medidas planejadas, contemplando marcos parciais e finais;

V - definição dos sujeitos responsáveis pela implementação das ações necessárias;

VI - metodologia e periodicidade da supervisão do alcance e da revisão das metas definidas;

VII - designação de sujeitos ou instituições que acompanharão a implementação do plano, definindo as respectivas atribuições;

VIII - prazos, parâmetros ou indicadores que definirão a extinção do processo; e

IX - se as medidas envolverem recursos financeiros sujeitos a normas de orçamento público, o modo como será feita a respectiva alocação e execução, que deverá observar as diretrizes legais e constitucionais aplicáveis.

§ 4º A especificação dos elementos do plano poderá ser feita de maneira progressiva, à medida que o objeto da atuação se tornar conhecido, com aportes de novas contribuições pelas partes e oitiva dos grupos interessados, adotando-se, para tanto, novos acordos ou decisões judiciais, sempre com prévio debate entre as partes e demais interessados.

§ 5º Apresentada a versão inicial do plano, o juiz ouvirá as partes e avaliará a necessidade de oitiva de pessoas ou entidades tecnicamente qualificadas, designação de audiência pública, reuniões, consultas públicas, inclusive em formato virtual, ou outros meios de ampliação da participação social.

§ 6º Colhidos os elementos a que se refere o § 3º, o juiz marcará audiência para que, em conjunto com as partes, seja elaborada e homologada a versão final do plano, decidindo quanto aos pontos sobre os quais não haja consenso.

Art. 10. O processo estrutural deve priorizar a construção de consensos entre as partes e demais interessados.

§ 1º Para a obtenção do consenso, o juiz, além de atuar pessoalmente, pode remeter o processo à mediação ou a outros métodos de autocomposição.

§ 2º Nas questões em que o consenso não for possível, o juiz deve, preferencialmente, adotar decisões parciais ou provisórias, ou expedir recomendações, devolvendo às partes e aos demais interessados a oportunidade de escolher novos meios de efetivação da tutela jurisdicional, de produzir novas diligências instrutórias ou negociais ou de complementar os espaços decisórios não exauridos nos pronunciamentos judiciais anteriores.

§ 3º O juiz adotará medidas para coibir comportamentos protelatórios nas atividades de autocomposição.

§ 4º As decisões de tutela provisória de caráter estrutural não devem ser tomadas sem oitiva das partes, a menos que a situação seja de tal modo urgente a ponto de inviabilizar essa providência.

§ 5º As decisões judiciais e os acordos são passíveis de revisão ou ajustes, mediante provocação de qualquer interessado, em razão de fatos supervenientes, bem como de novas avaliações acerca dos efeitos da implementação do plano, inclusive em fase de cumprimento ou execução, observados o contraditório prévio e o disposto no art. 23 do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Art. 11. O monitoramento da implementação do plano de ação será encerrado, com a extinção do processo, quando demonstrada a adoção das medidas necessárias à proteção progressiva e concreta dos direitos violados, na forma de que trata o art. 9º, § 3º, inciso VIII.

Art. 12. Das decisões interlocutórias proferidas no processo estrutural caberá agravo de instrumento.

§ 1º Ao julgamento do agravo de instrumento da decisão que reconhece ou rejeita o caráter estrutural do litígio aplica-se o disposto nos arts. 937 e 942, da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 2º O regime recursal das decisões interlocutórias em processos estruturais no âmbito da Justiça do Trabalho segue o disposto nas normas de processo do trabalho.

Art. 13. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público criarão:

I - base de dados, de acesso público, de acordos e processos estruturais, finalizados e em andamento, com disponibilização das principais peças processuais e de sumários em linguagem simples; e

II - mecanismos e índices próprios para a avaliação da atividade prestada por magistrados e membros do Ministério Público em processos estruturais, de modo a reconhecer a complexidade e o trabalho adicional que eles representam.

§ 1º O juiz, diante da complexidade da causa, poderá ser desonerado, total ou parcialmente, dos demais feitos de sua competência, a critério da autoridade competente, sem prejuízo da promoção de outras estratégias de apoio institucional.

§ 2º Os tribunais poderão estabelecer órgão de acompanhamento e apoio ao juiz na condução do processo estrutural.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública.

Art. 14. As técnicas processuais previstas nesta lei aplicam-se, no que forem compatíveis e adequadas, aos processos que cuidem de questões de natureza similar àquela aqui regulada.

Parágrafo único. As técnicas processuais previstas em outros procedimentos especiais aplicam-se ao processo estrutural, desde que compatíveis.

Art. 15. As disposições desta lei aplicam-se, no que couber:

I - aos tribunais, no julgamento dos recursos e ações de competência originária;

II - aos processos estruturais de natureza trabalhista, administrativa ou de controle; e

III - ao processo penal, especialmente nos casos que envolvam necessidade de reorganização institucional em virtude da aplicação de medidas advindas de feitos criminais, nos *habeas corpus* coletivos que ensejem medidas estruturais e nas execuções penais que as requeiram.

Art. 16. Esta lei entra em vigor em 120 (cento e vinte) dias da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O texto aprovado pela Comissão pretende estabelecer, de modo sintético e objetivo, técnicas processuais adequadas para a tramitação do processo estrutural no Brasil. Com efeito, o processo estrutural é uma realidade que se consolidou a partir das disposições da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil, oferecendo resultados mais satisfatórios do que as técnicas processuais, individuais e coletivas, até então aplicadas aos litígios dessa natureza.

O anteprojeto consolida, pois, essa experiência, sob três vertentes fundamentais: a) ênfase no consenso e na construção compartilhada de soluções para litígios coletivos complexos; b) ampliação do contraditório e da participação dos grupos impactados no processo; c) atuação estrutural de forma gradual, prospectiva e duradoura, com segurança jurídica para todos os envolvidos.

O art. 1º esclarece que o âmbito de aplicação do processo estrutural é a ação civil pública, de modo que os processos estruturais são processos coletivos. Isso não impede, como refere o art. 14, que as técnicas processuais estruturais sejam utilizadas para outros procedimentos, quando forem adequadas aos seus propósitos. O dispositivo também opta por elencar, de modo exemplificativo, características dos litígios (ou problemas) estruturais, de modo a facilitar a sua identificação e, com isso, delimitar a aplicabilidade da lei.

Essa técnica normativa tem o mérito de evitar a inserção de uma conceituação em lei, o que é contraindicado pelo pensamento acadêmico e tende a causar interpretações divergentes, ao mesmo tempo em que fornece um indicativo de quais são as situações em que o processo estrutural será aplicável. Adicionalmente, fica claro que o processo estrutural tem um caráter residual, aplicando-se às situações em que as técnicas tradicionais do processo comum, individual ou coletivo, não ofertam soluções adequadas.

O art. 2º expressa as normas fundamentais do processo estrutural, com ênfase na consensualidade, na participação ampliada, no respeito às capacidades institucionais e aos limites orçamentários e financeiros das partes envolvidas.

O art. 3º define a competência para o processo estrutural, prestigiando a cooperação judiciária e a reunião de feitos conexos, de modo a evitar julgamentos contraditórios.

O art. 4º contempla medidas de apoio institucional ao magistrado responsável pelo processo estrutural, tendo em vista a complexidade das medidas necessárias ao seu desenvolvimento. Prevê-se, à semelhança do que ocorre na Lei de Execuções Penais, a possibilidade de estabelecimento de um colegiado de 1º grau, a fim de que as atividades possam, também nesse momento, ser distribuídas entre mais de um magistrado.

O art. 5º inicia a descrição do procedimento estrutural propriamente dito, com a petição inicial e a sua análise pelo juiz. Aqui, como já ressaltado desde a versão preliminar do anteprojeto, valorizaram-se a litigância responsável e a máxima utilidade da tutela jurisdicional, permitindo a rejeição de demandas não adequadamente fundadas, mas também evitando que processos meritórios sofram com extinção em razão de discussões processuais periféricas e corrigíveis.

O art. 6º regula o reconhecimento do caráter estrutural do litígio, a fim de imprimir ao processo o tratamento estrutural. Nessa fase, valoriza-se o consenso entre as partes, mas, se ele não existir, é o caso de ampliação do contraditório, a fim de que a decisão seja subsidiada pela maior quantidade de informação possível, de acordo com as necessidades do caso.

Nesse particular, o § 4º complementa o aspecto conceitual do tema, expressando que o juiz considerará, para reconhecer o caráter estrutural do litígio, a abrangência social do conflito, a natureza dos direitos envolvidos, as informações técnicas disponíveis, a potencial efetividade e os limites e dificuldades da solução estrutural, assim como todos os fundamentos e argumentos apresentados pelas partes.

O art. 7º propõe o equilíbrio entre estabilidade e mudança. De acordo com o seu teor, o objeto do processo estrutural, uma vez definido, só pode ser alterado por acordo entre as partes. Isso impede processos estruturais que se eternizem por estarem, a cada momento, mudando de enfoque. Por outro lado, considerado um objeto dado, as metas e indicadores podem ser modificados, tanto por acordo, quanto por decisão (sempre observado o contraditório), uma vez que a realidade é mutável e pode contraindicar as providências inicialmente definidas.

O art. 8º lista as técnicas processuais que podem ser utilizadas para a condução de um processo estrutural. Elas estão organizadas em técnicas de participação (incisos I a III), técnicas de gerenciamento (incisos IV e V), técnicas de

instrução (incisos VI e VII), técnicas de decisão (inciso VII), técnicas de publicidade (incisos IX e X) e técnicas de cooperação (inciso XI).

O art. 9º expressa o aspecto mais importante do processo estrutural, que é a elaboração e implementação do plano. Particularmente, o seu § 3º define mecanismos para que a atuação estrutural não se dê de forma exclusivamente intuitiva ou experimentalista, mas adequadamente planejada, de modo a minimizar eventuais efeitos indesejáveis da sua incidência.

O art. 10 dedica-se às técnicas de gerenciamento e de decisão do processo, especialmente à busca permanente do consenso e à adoção, no que tange às questões sobre as quais este não seja alcançado, de decisões que preservem ao máximo os espaços de liberdade das partes, a fim de que possam seguir dialogando.

O art. 11 contempla uma preocupação central dos acadêmicos, que é a necessidade de dar concretude ao marco de encerramento do processo estrutural. Propõe-se que devem ser definidos indicadores específicos para essa finalidade.

O art. 12 amplia a recorribilidade das decisões do processo estrutural, de modo a evitar que o juízo singular possa, sem revisão, causar prejuízos significativos às partes. A revisão é a garantia de que o processo estrutural, quando não consensual, será passível de supervisão pelo órgão competente.

O art. 13 reconhece a necessidade de que, em termos estatísticos e funcionais, o processo estrutural seja tratado de forma diferenciada. Assim, os integrantes das carreiras públicas que deles se ocupam devem ser adequadamente reconhecidos pelos esforços adicionais que tipicamente empreendem nesses casos.

O art. 14, conforme já mencionado, segue a linha prevista no § 2º do art. 327 do Código de Processo Civil, para permitir o trânsito entre técnicas previstas para os diferentes procedimentos especiais. A lógica é que as técnicas previstas nesta lei possam ser utilizadas em outros casos, se a eles forem proveitosas, ao mesmo tempo em que as técnicas processuais de outros procedimentos possam ser transpostas ao processo estrutural, se a ele valorosas.

Finalmente, o art. 15 se ocupa de aspectos relacionados ao âmbito de aplicação subsidiária da Lei, nos tribunais, para o julgamento de recursos e causas de competência originária, assim como aos processos de natureza trabalhista, administrativa, penal e de controle.