UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rafael Gaia Edais Pepe

Acordos processuais em processos estruturantes: controle consensual de políticas públicas como instrumento de efetividade processual

Rio de Janeiro

2019

Rafael Gaia Edais Pepe

Acordos processuais em processos estruturantes:
controle consensual de políticas públicas como instrumento de efetividade processual

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P421 Pepe, Rafael Gaia Edais.

Acordos processuais em processos estruturantes: controle consensual de políticas públicas como instrumento de efetividade processual /Rafael Gaia Edais Pepe. - 2019.
175 f.
Orientador: Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Controle da constitucionalidade - Teses. 2. Políticas públicas –Teses. 3.Direito processual – Teses. I. Rodrigues, Marco Antonio. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/.95

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Rafael Gaia Edais Pepe

Acordos processuais em processos estruturantes:
controle consensual de políticas públicas como instrumento de efetividade processual

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Processual

Aprovada em 14 de fevereiro de 2019.

Banca Examinadora:

_____
Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues (Orientador)
Faculdade de Direito– UERJ

_____
Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Faculdade de Direito – UERJ

_____
Prof. Dr. Marco Félix Jobim
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Rio de Janeiro
2019

DEDICATÓRIA

Ao Estado do Rio de Janeiro, que me deu todos os elementos necessários para escrever este trabalho.

AGRADECIMENTOS

A gratidão é o sentimento mais bonito que o ser humano pode demonstrar. Ninguém é bom demais e ninguém é bom sozinho. Há muito, portanto, a agradecer.

Sendo assim, agradeço, em primeiro lugar, à minha família. Muito obrigado à Helena e à Flávia pela compreensão e pela paciência com as madrugadas em claro. Registro, também, um especial agradecimento ao meu irmão, Marcelo, pelo apoio incansável em todas as horas, da manhã ou da noite. A perseverança ensinada pelos meus pais, Vera e Sergio, foi essencial nos momentos mais agudos, em que só restavam a força de vontade e a determinação. Foi fundamental para a conclusão deste trabalho, ainda, o auxílio da minha irmã, Clarisse, com as tarefas junto ao Observatório do Processo Civil no STF, permitindo que eu concentrasse minhas energias na dissertação.

No campo acadêmico, agradeço imensamente ao meu querido orientador e amigo Marco Antonio Rodrigues. Marco é, na verdade, meu *coach* já há mais de dez anos, quando me ajudou na preparação para as provas orais da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Deixo aqui, também, meu profundo agradecimento aos Professores e Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux. O primeiro, por ter me dado a maior honra da minha vida, a de ter sido seu Assessor no Supremo Tribunal Federal durante o primeiro ano do Mestrado. O segundo, por ter me confiado a oportunidade de ajuda-lo a instalar o Grupo de Pesquisa em Análise Econômica do Direito Processual, no segundo ano do curso.

Agradeço, por fim, aos meus amigos do Mestrado, da Procuradoria do Estado, do SPS, da Procuradoria da Fazenda Nacional, do Supremo Tribunal Federal, da FGV, da FND, da *Columbia Law School* e de todos os outros círculos profissionais e acadêmicos que tive o privilégio de frequentar. Não vou citá-los nominalmente para não ser injusto: com a memória que tenho, fatalmente eu cometeria a indesculpável gafe de esquecer alguém que guardo com carinho no coração. No entanto, vou me permitir agradecer, em especial, aos integrantes do Núcleo de Ações Fiscais Estratégicas da Procuradoria da Dívida Ativa, que estiveram ao meu lado nessa reta final e me deram todo o suporte para que eu pudesse concluir este trabalho, com a disposição e com o tempo que me restaram.

E mais: quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria incapacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades. A preocupação com a efetividade deveria levar-nos amiúde a lamentar menos as exigências, reais ou supostas, imputadas à técnica do que a escassa habilidade com que nos servimos dos recursos por ela mesma colocados à nossa disposição.

José Carlos Barbosa Moreira

RESUMO

PEPE, Rafael Gaia Edais. *Acordos processuais em processos estruturantes*: controle consensual de políticas públicas como instrumento de efetividade processual. 2019. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Este trabalho aborda os principais aspectos ligados aos acordos processuais no âmbito dos processos estruturantes, defendendo-os tanto em termos de eficiência quanto no que diz respeito à sua possibilidade jurídica, além de ilustrar algumas questões relativas à sua aplicação prática. Para isso, demonstra-se que o controle judicial de políticas públicas inclina-se para a incorporação dos chamados processos estruturantes, cujo design provoca, no entanto, vários atritos em relação aos institutos tradicionais do Direito Processual. Contudo, esses obstáculos são significativamente enfraquecidos quando se está diante de um acordo processual, que pode envolver a relação jurídica de direito material ou a própria relação processual. Embora a viabilidade de tais acordos com a Fazenda Pública seja aceita sem maiores dificuldades, os seus contornos ainda despertam dúvidas, especialmente no campo dos processos estruturantes. Assim, na dissertação, esses limites são traçados a partir de elementos teóricos e de casos concretos, compreendendo a formalização do acordo, o conteúdo do acordo, as provas a serem produzidas, a sequência dos atos processuais e os atos executivos.

Palavras-chave: Acordos processuais. Processos estruturantes. Controle judicial de políticas públicas. Consensualidade. Fazenda Pública.

ABSTRACT

PEPE, Rafael Gaia Edais. *Contracts for procedure in structural litigation*: consensual judicial review of public policies as a means of procedural efficacy. 2019. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

This paper addresses the main aspects related to contracts for procedure in structural litigation, defending both their efficiency and possibility in the judicial system. It also illustrates some issues related to their practical application. With this purpose, it shows that the judicial review of public policies has been leaning towards the incorporation of the so-called structural litigation, with a design that causes some conflicts in relation to the traditional institutes of Procedural Law. Nevertheless, these obstacles are materially weakened when it comes to contracts for procedure, which may involve either the legal relationship under substantive law or the procedural relationship itself. Although the feasibility of such contracts before public entities is accepted without major difficulties, their framework still raises some questions, particularly in the field of structural litigation. Therefore, in the dissertation, these limits are drawn from theoretical elements and specific cases, including the formalization of the contract, the content of the contract, the evidence to be produced, the sequence of procedural acts and remedies.

Keywords: Contracts for procedure. Structural litigation. Judicial review of public policies. Consensus. Public entities.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: O ESTADO A QUE CHEGAMOS 10

1 **OS PROCESSOS ESTRUTURANTES E AS VANTAGENS DA SOLUÇÃO CONSENSUAL** 14

1.1 **As políticas públicas e o seu controle judicial** 14

1.1.1 O funcionamento das políticas públicas 14

1.1.2 Dimensões do controle judicial de políticas públicas 19

1.1.2.1 As causas do controle judicial de políticas públicas 21

1.1.2.2 As críticas ao controle judicial de políticas públicas 23

1.1.3 O papel do Direito Processual 25

1.2 **Os processos estruturantes** 26

1.2.1 Origem e características dos processos estruturantes 27

1.2.2 Conceito e nomenclatura dos processos estruturantes 30

1.2.3 Vantagens dos processos estruturantes 33

1.2.4 Processos estruturantes no mundo 36

1.2.4.1 Estados Unidos 36

1.2.4.2 África do Sul 39

1.2.4.3 América Latina 40

1.2.4.4 Brasil 41

1.3 **Os obstáculos aos processos estruturantes** 46

1.3.1 Obstáculos genéricos 46

1.3.2 Obstáculos específicos 49

1.3.2.1 Prova do dano sistêmico 49

1.3.2.2 Princípio da congruência 51

1.3.2.3 Limites da coisa julgada 52

1.3.2.4 Necessidade de título executivo 54

1.3.2.5 Cumprimento da decisão judicial 56

1.4 **Soluções consensuais como a melhor alternativa nos processos estruturantes** 58

1.4.1 Resposta aos obstáculos indicados 58

1.4.2 Resposta a outros obstáculos 62

2 **VIABILIDADE DOS ACORDOS PROCESSUAIS NOS**

PROCESSOS ESTRUTURANTES 64
2.1 **Os acordos processuais** 64
2.1.1 Conceito e espécies de acordos processuais 64
2.1.1.1 Acordos sobre a relação jurídica de direito material 66
2.1.1.2 Acordos sobre a relação jurídica processual 69
2.1.2 O controle dos acordos processuais pelo juiz 73
2.2 **Acordos processuais com a Fazenda Pública** 78
2.2.1 Do dogma da indisponibilidade do interesse público à existência de direitos passíveis de autocomposição 78
2.2.2 Especificidades dos acordos processuais com a Fazenda Pública 84
2.2.3 Acordos processuais sobre direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos 86
2.3 **Meios adequados de solução de controvérsias com o Poder Público** 94
2.4 **Chegando a uma solução consensual nos processos estruturantes** 101
3 **APLICAÇÃO CONCRETA DOS ACORDOS PROCESSUAIS NOS PROCESSOS ESTRUTURANTES** 110
3.1 **Legitimação para o acordo e sua vinculação** 111
3.2 **Acordos sobre a relação jurídica de direito material no processo estruturante** 121
3.2.1 A formalização do acordo 121
3.2.2 O conteúdo do acordo 124
3.3 **Acordos sobre a relação jurídica processual no processo estruturante** 129
3.3.1 Acordos sobre matéria probatória 130
3.3.2 Acordos sobre a sequência dos atos processuais 135
3.3.3 Acordos sobre os atos executivos 138
3.3.3.1 Acordos sobre meios executivos típicos e atípicos 138
3.3.3.2 Acordos sobre a supervisão do cumprimento do julgado pelo juiz 143
3.3.3.2.1 A intervenção judicial 143
3.3.3.2.2 Os meios adequados de solução das controvérsias surgidas durante a fase de cumprimento 149
CONCLUSÃO 152
REFERÊNCIAS 158

INTRODUÇÃO: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

Em junho de 2013, um aumento nas passagens de ônibus foi o estopim de uma série de protestos em escala nacional[1]. Quem viu, lembra que os manifestantes não se insurgiam apenas contra a tarifa em questão: havia um conjunto muito maior de insatisfações, que iam desde a corrupção generalizada, passando pelo gasto público excessivo com os eventos esportivos do porvir e chegando, finalmente, à pífia qualidade dos serviços públicos como um todo. Os dirigentes políticos assistiam ao espetáculo atônitos, diante da inexistência de um pedido concreto a ser atendido. O problema era, no fundo, a ineficiência do Estado.

Ninguém deve achar, porém, que essa angústia é uma daquelas jabuticabas que só acontecem em terras tupiniquins. Nos Estados Unidos, por exemplo, em meados de 2014, um dos inúmeros casos envolvendo violência policial chamou a atenção de todo o país. Eric Garner, um homem negro acusado de vender cigarros nas ruas de Nova Iorque, morreu após ter sido estrangulado pela polícia[2]. A abordagem dos agentes foi severamente criticada pela imprensa e por especialistas, dando origem a uma série de protestos[3] e a sugestões emblemáticas, tais como a obrigação de policiais usarem câmeras presas à roupa; a convocação de corregedores independentes para investigar e julgar os agentes envolvidos em casos de violência policial; e, acima de tudo, mais treinamento e menos armamento[4]. Em suma, constatou-se que a ineficiência na política pública de segurança custa – muitas – vidas.

Tais exemplos ilustram que o Estado tem se mostrado várias vezes incapaz de implementar políticas públicas adequadas aos olhos do povo. Essa situação torna-se ainda mais dramática em locais nos quais grande parcela da população é pobre e, portanto, dependente de prestações estatais para a sua sobrevivência, como é o caso do Brasil. O resultado óbvio dessas falhas é não apenas uma frustração difusa com a política e com o Estado, mas também o desperdício de dinheiro e, especialmente, a violação a direitos subjetivos dos cidadãos. Diante disso, muitos recorrem ao Poder Judiciário, e os juízes têm se

---

[1] Veja-se a reportagem do jornal O GLOBO, "O Brasil foi às ruas em junho de 2013", disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/o-brasil-foi-as-ruas-em-junho-de-2013-12500090>. Acesso em: 15 jun.2017.

[2] A reportagem "Man's Death After Chokehold Raises Old Issue for the Police" sobre o fato, do jornal The New York Times, pode ser encontrada em: <https://www.nytimes.com/2014/07/19/nyregion/staten-island-man-dies-after-he-is-put-in-chokehold-during-arrest.html>. Acesso em: 16 jul.2017.

[3] Há algumas fotos dos protestos disponíveis em: <http://www.latimes.com/nation/la-na-eric-garner-chokehold-death-pictures-photogallery.html>. Acesso em: 16 jul.2017.

[4] Nesse sentido, o editorial da Revista The Economist, de 13 dez.2014, p. 15.

mostrado responsivos aos pedidos, interferido nas políticas públicas formuladas (ou não) pelos demais Poderes.

Há, no entanto, alguns questionamentos associados a esse tipo de intervenção. O primeiro deles diz respeito à sua própria pertinência, ou seja, à própria legitimidade ou capacidade do Poder Judiciário para efetuar um controle racional das políticas públicas, ainda que diante da inércia dos demais Poderes. Mesmo se superado esse ponto, também deve ser esclarecido de que forma será realizada essa intervenção, no que se refere à natureza da ordem judicial a ser expedida. Por fim, ainda resta a indagação sobre quais seriam os instrumentos processuais utilizados para se alcançar um resultado ótimo nesse tipo de situação.

Um exemplo despretensioso demonstra como o controle judicial de políticas públicas efetivamente está na ordem do dia. Em sessão recentíssima, foi posto em julgamento perante a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal o Agravo Regimental em Agravo em Recurso Extraordinário 1.145.501[5]. Nesse caso estava em discussão, em síntese, uma ação civil pública na qual o Ministério Público buscava obrigar o Estado de São Paulo a contratar um professor para acompanhamento individualizado de adolescente portador de déficit intelectual e transtorno comportamental. O Estado alegava possuir uma política pública destinada ao tratamento de pessoas em situação de vulnerabilidade: haveria uma sala de atendimento na rede estadual de ensino onde são reunidos alunos com necessidades especiais. Porém, tanto os pais do adolescente quanto o Ministério Público discordam desse tipo de tratamento, postulando a incorporação do aluno a uma sala de aula normal, com um professor específico para auxiliá-lo.

O Tribunal de origem havia julgado procedentes os pedidos. O Ministro Alexandre de Moraes, Relator, votou pelo provimento do recurso para reformar a decisão do Tribunal *a quo*, ao argumento de que obrigar o Estado a contratar um professor para casos individualizados representaria uma intervenção indevida do Judiciário na esfera discricionária do Poder Executivo. Ainda segundo o Relator, haveria uma política pública destinada a garantir o direito à educação dos portadores de necessidades especiais, não cabendo ao juiz impor sua preferência ao administrador. A Ministra Rosa Weber, por outro lado, votou em sentido diametralmente oposto, por entender que o dever de o Estado assegurar atendimento educacional especializado ao portador de deficiência e a dedicação prioritária que deve ser

[5] ARE 1.145.501AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 30 out. 2018. Considerando que o julgamento não foi encerrado e, portanto, o acórdão não foi lavrado, todos os dados foram obtidos no Informativo nº 922, do Supremo Tribunal Federal.

dispensada ao indivíduo em formação resultariam na manutenção do acórdão recorrido. Após isso, o Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista dos autos.

Observa-se, portanto, que as situações concretas são as mais variadas possíveis, existindo opiniões respeitáveis em todos os sentidos. Ao Direito Processual, nesse contexto, não cabe dizer em quais situações o Judiciário deverá ou não intervir nas políticas públicas. Isso dependerá do direito material em jogo e dos critérios utilizados para se identificar a sua violação. Cabe ao Direito Processual, isso sim, permitir que a implementação do controle judicial de políticas públicas – se e quando tiver lugar – seja feita da maneira mais racional possível, assegurando-se a efetividade do processo.

Todavia, é preciso reconhecer que esse tipo de conflito não se identifica com a grande massa de litígios entre particulares, nas suas atividades corriqueiras do cotidiano. Com efeito, as controvérsias decorrentes de políticas públicas aproximam-se muito mais de ações nas quais a multiplicidade de interesses envolvidos requer uma atuação coordenada dos diversos atores processuais, como em um processo de recuperação judicial. Veja-se, por exemplo, o famoso desastre do Rio Doce, ocorrido em Minas Gerais: uma ação ordinária, por mais bem-intencionada que fosse, jamais poderia cuidar de todas as circunstâncias envolvidas nesse acidente, que vão desde a necessidade de recomposição do meio ambiente até a realocação das famílias, passando pelo restabelecimento do comércio local e instalação de uma nova rede de saneamento básico.

Por esse motivo, em matéria de controle judicial de políticas públicas, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm desenvolvido um arquétipo processual voltado para promover uma (re)estruturação da atividade administrativa. Nele, a relação processual é utilizada como plataforma para o desenvolvimento e a implementação de uma política pública, sob a supervisão do magistrado. Cabe ao Direito Processual, portanto, debruçar-se sobre esse novo modelo e explorar as suas potencialidades, demonstrando de que forma ele pode alcançar o resultado pretendido da forma mais eficiente.

É necessário, porém, promover uma inevitável releitura dos institutos processuais com foco nos novos horizontes abertos pelos processos estruturantes, vencendo algumas resistências internas na própria ciência do processo. Observe-se que, historicamente, o Direito Processual baseia seus conceitos em uma dimensão bipolar dos conflitos. E é natural que seja assim: o seu desenvolvimento, mesmo após o reconhecimento da relação processual como categoria autônoma diante da relação de direito material, deu-se a partir da necessidade de solução de uma lide entre duas pessoas diferentes e com interesses antagônicos. Avia

consensual facilita – e muito – a superação desses entraves, em virtude da relativa liberdade de que as partes gozam para formular um remédio específico para a situação enfrentada.

Deste modo, é preciso projetar um design procedimental capaz de responder a algumas das críticas dirigidas aos processos estruturantes, especialmente no que toca à legitimidade da atuação judicial, à capacidade técnica dos juízes e à própria efetividade dessa forma de intervenção. A consensualidade, aliada à possibilidade de flexibilização do procedimento, ajuda a suplantar essas barreiras, conferindo maior legitimação à decisão judicial e aumentando a probabilidade de que ela seja cumprida.

Destarte, os acordos processuais, abrangendo tanto a relação jurídica de direito material quanto os aspectos processuais voltados para a sua implementação, são a melhor saída para a (re)estruturação de políticas públicas por intermédio do Poder Judiciário. Sendo assim, o objetivo do presente trabalho é discorrer a respeito dos acordos processuais nos processos estruturantes, demonstrando (*i*) que eles são o caminho ideal para compatibilizar as críticas direcionadas ao controle judicial de políticas públicas com a necessidade de intervenção judicial; (*ii*) que são juridicamente viáveis; e (*iii*) quais parâmetros eles devem seguir para alcançar os objetivos pretendidos.

Dessa forma, o Capítulo 1 discorrerá sobre o controle judicial de políticas públicas e o papel dos processos estruturantes, justificando os acordos processuais como a melhor alternativa disponível nesse contexto. O Capítulo 2 tratará da viabilidade dos acordos processuais nos processos estruturantes, perpassando as espécies de acordos, o controle judicial, os acordos processuais envolvendo a Fazenda Pública e os direitos coletivos *lato sensu* ou individuais homogêneos, os meios adequados de solução de controvérsias e os incentivos para tais acordos. O Capítulo 3, então, exporá os parâmetros que devem ser observados pelos acordos processuais nos processos estruturantes, envolvendo a legitimação para o acordo, a sua formalização, o seu conteúdo, aspectos probatórios, a sequência dos atos processuais e o cumprimento da decisão. Por fim, na Conclusão, serão sintetizadas as principais ideias apresentadas neste trabalho.

1 OS PROCESSOS ESTRUTURANTES E AS VANTAGENS DA SOLUÇÃO CONSENSUAL

1.1 As políticas públicas e o seu controle judicial

A Constituição de 1988 é generosa e abrangente na promessa de direitos a cargo do Estado, mas não dá muitas pistas acerca da forma de efetivá-los. A tarefa de implementá-los foi delegada aos Poderes constituídos, notadamente aos Poderes Legislativo e Executivo, que dela se desincumbem através das políticas públicas, às quais também cabe promover outros interesses públicos de menor hierarquia. Por conseguinte, a concretização das políticas públicas torna-se mais custosa, sob todos os aspectos, na medida em que mais direitos são previstos na Constituição ou na legislação[6].É de fundamental importância compreender o funcionamento das políticas públicas para entender o caminho que tem seguido o seu controle judicial, na tentativa de que essa interferência possa produzir resultados frutíferos, ao invés de tornar a atividade administrativa (ainda mais) errática.

1.1.1 O funcionamento das políticas públicas

As políticas públicas podem ser conceituadas como "o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública"[7]. Em outras palavras, elas são a ferramenta através da qual as aspirações da população serão atendidas, podendo decorrer de direitos constitucionalmente assegurados ou mesmo de um juízo político do legislador ou do administrador, a partir dos desejos sociais

[6]Para Osvaldo Canela Júnior, "constituem políticas públicas todos os atos legislativos e administrativos necessários à satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais" (CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 147). Todavia, embora a positivação desses direitos exija uma dedicação ainda maior do Poder Público para atendê-los satisfatoriamente, em decorrência dos custos mais elevados associados à sua universalização, as políticas públicas não se limitam aos direitos fundamentais sociais. Todos os direitos previstos na legislação geram, de certo modo, algum custo para o Estado, que é obrigado a garantir a sua efetividade. Cf., a propósito, GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[7] FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 49.

cambiantes. Essa perspectiva estática, porém, não é suficiente. É imprescindível observar as políticas públicas sob um ângulo dinâmico, como um conjunto de atos concatenados. Nessa linha, conforme destacado por Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi, as políticas públicas são "representadas pela coordenação dos meios que o Estado (Poder Público) se utiliza para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados"[8].

O planejamento tornou-se, portanto, uma peça fundamental para o bom desempenho da ação administrativa[9]. Conforme destacado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "tem-se hoje a racionalização das atividades governamentais não mais como uma política de governo, mas como um imperativo constitucional"[10]. A Constituição Federal, de fato, contém uma série de dispositivos referindo-se ao dever de planejamento da ação administrativa: por exemplo, os parágrafos do art. 165, da CRFB, exigem a edição de três espécies de leis orçamentárias, duas das quais especificando os objetivos de curto e longo prazo. Mencione-se, ainda, o art. 174, da Constituição, segundo o qual o Estado, na condição de agente normativo e regulador, "exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado"[11].

Nesse contexto, algumas premissas devem ser firmadas, para que se possa apreender completamente o que se pretende afirmar. Nas palavras de Eduardo Cambi e João Paulo Vasconcelos, "o planejamento consiste em técnica de tomada de decisão que permite a escolha de objetivos bem determinados e seleciona os meios mais apropriados para atingi-los"[12].Por conseguinte, ao integrarem uma política pública, os atos administrativos devem ser inseridos em um plano de ação, com objetivos de interesse público, parâmetros de atuação

---

[8] RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 147.

[9] Infelizmente, o planejamento não integra a cultura brasileira do "jeitinho". Como bem pontuado pelo Professor Luís Roberto Barroso, "na vertente negativa, a ideia de jeitinho congrega características que não são edificantes. Sem nenhuma intenção de hierarquizá-las, começo pelo improviso, a incapacidade de planejar, de cumprir prazos e, em última análise, de cumprir a palavra. Vive-se aqui a crença equivocada de que tudo se ajeitará na última hora, com um sorriso, um gatilho e a atribuição de culpa a alguma fatalidade (falsamente) inevitável, e não à imprevidência" (BARROSO, Luís Roberto. **Ética e *jeitinho brasileiro***: por que a gente é assim? Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>. Acesso em: 12.07.2017).

[10] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Cidadania e administração de resultado. In: ____. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.p. 167.

[11] O Supremo Tribunal Federal já decidiu que uma intervenção mal planejada na economia, fixando os preços dos produtos derivados da cana-de-açúcar abaixo do preço de custo, gerava, inclusive, responsabilidade civil por parte do Estado. Nesse sentido, v. RE 632.644, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 10 abr. 2012, DJe 10 mai. 2012.

[12] CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil – Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 236, abr.-jun./2016.

para atingi-los e metas a serem alcançadas. Quanto mais se conhece o enfoque da política pública, mais bem desenhados são esses objetivos, parâmetros e metas, e maior a probabilidade de se alcançar o resultado desejado.

Além disso, verifica-se que a legitimidade dos atos praticados no âmbito das políticas públicas não mais se esgota na conhecida "vinculação positiva à lei"[13] – já evoluída para uma vinculação à "juridicidade", ou seja, às regras e princípios contidos em todo o ordenamento jurídico[14] –, dependendo também dos resultados práticos obtidos e da participação das pessoas diretamente atingidas. Assim, Eduardo Mendonça propõe "que também se atribua valor à maior ou menor capacidade dos órgãos estatais de interagir com a sociedade, suscitando debates públicos e reagindo aos seus resultados, ou ainda provocando a reação de outros órgãos a esses resultados"[15].

Ademais, para que uma política pública produza os resultados positivos desejados, também é crucial que os agentes sejam corretamente capacitados e supervisionados, tanto para se evitar arbitrariedades quanto para implementar um controle de performance[16]. Como bem ressaltado por Gillian E. Metzger, a supervisão *"*adota uma roupagem diferente, caracterizada mais pelo planejamento, auditoria, monitoramento simultâneo, controle de performance e revisão por pares"[17]. Essa supervisão deve ser exercida pelos órgãos de controle interno e externo[18], e pela população diretamente atingida, que possui informações em primeira mão.

---

[13] Celso Antônio Bandeira de Mello assim caracteriza a vinculação positiva à lei: "Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só poder fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza". (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 98).

[14] Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 142.

[15] MENDONÇA, Eduardo. **A democracia das massas e a democracia das pessoas**: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2014.p. 186. Mimeografado.

[16]"In the postbureaucratic view", diz William Simon, "the paradigmatic norm is not the rule, but the plan. A plan is more comprehensive than a rule. It provides a general framework for a program. The plan contains specific norms, but they do not stand apart from the plan. It is expected that the norms will be applied in light of the plan at all levels. Plans may contain rules, but their most characteristic norms lack the categorical quality that the bureaucratic view attributes to the rule. A rule either applies or does not, and when it applies, it demands conformity. By contrast, plan norms are often presumptive; agents may be authorized to depart from the prescription when compliance would not serve the purposes set forth in the plan. Typically, however, they must signal and explain their departures in a way that triggers both administrative review of their conduct and reassessment of the rule" (SIMON, William H. The Organizational Premises of Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, n. 78, p. 69, 2015).

[17]METZGER, Gillian E. The Constitutional Duty to Supervise. **Yale Law Journal**, n. 124, p. 1.848, 2015: "Over the last few decades, moreover, new forms of public administration and oversight have risen to the fore. Brought to prominence at the federal level in the 1990s by the Clinton Administration's National Performance Review and often falling under the 'new governance' or experimentalist labels, these approaches involve greater

Por fim, a complexidade dos fatos no mundo contemporâneo e a consequente assunção de uma multiplicidade de deveres pelo Estado requer políticas públicas permanentemente adaptáveis. Charles Sabel e William Simon esclarecem que a característica central das circunstâncias vividas pela Administração Pública "é a 'incerteza', no sentido que Frank Knight usa este vocábulo – contingência que não pode ser prevista, ou calculada de maneira atuarial ou formal, podendo ser apenas estimada com base em impressões"[19].

Por essa razão, Sabel e Simon sustentam a adoção uma abordagem "experimentalista" para a administração da coisa pública, assumindo que algumas das ações necessárias serão descobertas apenas durante o processo de solução do próprio problema por parte do Estado, dada a dificuldade – senão a impossibilidade – de sua completa predefinição[20]. Esse estilo de administração seria a etapa subsequente à "administração burocrática" defendida por Max Weber[21]: enquanto na administração burocrática a atividade administrativa era exercida com base exclusivamente em considerações estanques e regras calculáveis, a "administração pós-burocrática" exige que a Administração Pública seja flexível para que atinja a melhor solução possível no caso concreto[22].

---

flexibility and discretion for lower-level officials, more decentralized implementation, and greater reliance on private actors. Supervision in such arrangements also takes a different guise, one characterized more by planning, audits, ongoing monitoring, performance assessment, and peer review than by rule-bound appeals to superior officials or review of specific decisions".

[18] Não é demais lembrar que a Constituição instituiu um sistema de controle externo do Legislativo sobre o Executivo, nos arts. 49, IX; 58, §2º, VI; e 70, contando com o auxílio do Tribunal de Contas. Além disso, o art. 74, I e II, da CRFB, exige que cada Poder crie um sistema de controle interno, para "avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União", além de "comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração".

[19] SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Minimalism and Experimentalism in the Administrative State. **Georgetown Law Journal**, v. 100, p. 56, 2011: "The central characteristics of these circumstances is 'uncertainty' in Frank Knigth's sense – contingency that cannot be known or calculated actuarially or with formal rigor but can only be estimated impressionalistically".

[20] SABEL; SIMON, loc. cit.: "In the realm of uncertainty, policy aims cannot be extensively defined in advance of implementation; they have to be discovered in the course of problem solving".

[21] De maneira muito sintética, pode-se dizer que Max Weber defendia uma estrutura administrativa rigidamente hierárquica, em que a lei distribuiria as competências e as tarefas aos agentes públicos e os servidores de nível superior exerceriam um poder hierárquico e disciplinar sobre os seus subordinados. Esse sistema, "organizado monocraticamente", seria fundado em regras objetivas e estáveis, tornando-o superior a outras formas de organização (WEBER, Max. **Economy and Society**. Trad. Guenther Roth e Claus Wittich. Los Angeles: University of California Press, 1978. p. 956-975). Nas palavras do autor: "Bureaucratization offers above all the optimum possibility for carrying through the principle of specializing administrative functions according to purely objective considerations. Individual performances are allocated to functionaries who have specialized training and who by constant practice increase their expertise. 'Objective' discharge of business primarily means a discharge of business according to calculable rules and 'without regard for persons'". (WEBER, loc. cit.).

[22] A administração pós-burocrática não nega os méritos da administração burocrática, e sim representa uma evolução desta, aprimorando-a. William Simon compara a administração burocrática com a administração pós-burocrática nos seguintes termos: "The model of organization these premises express is associated in the private sector with mass manufacturing of standardized products as it developed in the early and mid-twentieth

Desse modo, é imprescindível desenvolver um mecanismo capaz de identificar e corrigir eventuais erros ao longo do tempo, levando em conta não apenas situações singulares, mas sim a política pública como um todo. As falhas constatadas devem inaugurar um procedimento de diagnóstico, capaz de investigar a existência de uma deficiência sistêmica e, neste caso, desenhar novos parâmetros de atuação. Em outras palavras, o erro é visto como um sintoma de um problema sistêmico em potencial. Se verificada a sua efetiva ocorrência, ataca-se a causa da moléstia, e não somente os seus efeitos[23], incorporando uma sistemática de "aprendizado pelo monitoramento"[24].

Quando se reúne todas essas premissas, fica claro que as políticas públicas funcionam como um ciclo operacional, a exemplo daquele desenhado por Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi[25]. Em primeiro lugar, é desenvolvido um plano de ação contendo os objetivos, parâmetros de atuação e metas a serem atingidas, treinando-se os agentes públicos. No decorrer da atividade administrativa, o exercício da supervisão avaliará o cumprimento dos parâmetros de atuação previstos no plano, bem como o atingimento das metas estabelecidas (*i.e.*, um controle de performance). A partir desse estudo serão indicadas alternativas para melhoria, baseadas nas ideias e na experiência concreta dos agentes públicos,

---

centuries. The ideas developed in manufacturing influenced public administration, especially the Progressive and New Deal regulatory and social welfare programs. (…) This model was once the dominant paradigm of efficient large-scale organization, but it now competes with, and in some quarters has been displaced by, another one. This newer, postbureaucratic or performance-based approach has emerged in the private sector as industries have sought flexibility to adapt to more volatile economic circumstances and to the demand for more differentiated products. As reformers have recognized an analogous need for government to respond to fluidity and diversity, they have imported elements of the postbureaucratic view to the public sector" (SIMON, William H. The Organizational Premises of Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, n. 78, p. 61-62, 2015).

[23] "Finally, postbureaucratic organization takes a proactive approach to error detection: It tends to rely on audits more than complaints, and it takes a diagnostic approach to complaints, understanding them not just as evidence of idiosyncratic deviance, but as symptoms of systemic malfunction". (Ibid., p. 62).

[24] Charles Sabel e William Simon também falam de uma postura de *learning by monitoring*, referindo-se ao sistema de produção *toyotista*: "Experimentalism has been influenced by twentieth-century innovations in economic organization. In particular, it reflects the practices of 'learning by monitoring' and 'continuous improvement' exemplified by the Toyota Production System. This system breaks strongly with organizational premises shared by both command-and-control and minimalist administration. Toyota-style organization rejects any strong distinction between making rules, on the one hand, and applying them, on the other. It contemplates that rules will be continuously revised in the course of application. It treats rule departures diagnostically as symptoms of systemic problems and opportunities for systemic improvement. Sometimes, instead of minimizing or isolating them, it tends to induce and expand them (for example, by eliminating "buffer inventory stocks" and imposing superoptimal standards like "zero defects") in order to make the system's weaknesses transparent" (SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Minimalism and Experimentalism in the Administrative State, **Georgetown Law Journal**, v. 100, p. 80, 2011).

[25] Os autores ilustram um "ciclo de desenvolvimento de políticas públicas", composto pela "Definição de agenda", "Identificação e avaliação de alternativas", "Seleção de opções – Legislação", "Implementação" e "Avaliação". Cf. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões da constitucionalização das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 242.

a serem incorporadas no plano. Feito isso, inicia-se um novo ciclo de avaliação, permitindo-se o incremento contínuo da política pública[26].

A partir dessas premissas, conclui-se que, para que as políticas públicas funcionem de maneira eficiente[27], é necessária a presença de três elementos básicos: (*i*) um plano de ação; (*ii*) treinamento dos agentes públicos e sua supervisão; e (*iii*) um mecanismo de "autocorreção", para que sejam permanentemente atualizados os parâmetros de atuação, à luz das necessidades práticas. Compreender o significado de todos esses elementos e a forma como eles interagem é crucial para se entender em qual sentido deve caminhar o controle judicial de políticas públicas, já que a tendência é que o processo judicial seja utilizado como uma ferramenta para supri-los, quando um (ou mais) deles estiver ausente. A trajetória desse controle e as críticas a ele dirigidas serão o assunto do tópico a seguir.

1.1.2 Dimensões do controle judicial de políticas públicas

A expressão "controle judicial de políticas públicas", na acepção aqui utilizada, refere-se à interferência do Judiciário no processo de concretização, pelos Poderes Legislativo e/ou Executivo, dos escopos de interesse público. Dessa maneira, pode-se afirmar que o Poder Judiciário exerce tal controle quando a ausência ou insuficiência de determinada política

[26] Em sentido semelhante, Eduardo Cambi e João Paulo Vasconcelos, na seguinte passagem: "A tecnicidade desse processo decisório apresenta três momentos distintos, intercalados e sequenciais de *formação* (apresentação dos pressupostos técnicos e materiais pela Administração ou pelos interessados para confronto com os trazidos pelos demais), de *execução* (compreende as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa) e de *avaliação* (apreciação dos efeitos, sociais e jurídicos, sob o prisma do contraditório, de cada uma das escolhas possíveis, em virtude dos pressupostos apresentados). A compreensão desse processo em *ciclos* possibilita a melhor análise de cada elemento considerado na formulação da política pública. Não obstante a existência de vários modelos relativos ao ciclo das políticas públicas, é comum a identificação de cinco estágios: 1) a identificação do problema e a formação da entrada na agenda pública; 2) a formulação de uma solução (estudo de soluções); 3) a tomada de decisão; 4) a execução da ação (gestão/administração e produção de efeitos – impacto); 5) a avaliação (juízo de valor sobre os efeitos e reajuste da política adotada ou o seu encerramento). Nessa concepção de ciclo da política pública, observa-se uma clara substituição da noção de ato administrativo – próprio da visão liberalista-legalista da atuação estatal – pela de atividade administrativa" (CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil – Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 236, abr.-jun./2016).

[27] Vale destacar que o princípio da eficiência rege a atuação da Administração Pública, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição.

pública acarreta a violação de um direito subjetivo[28]. Ou seja, o Poder Judiciário tornou-se um canal para serem veiculadas as insatisfações com a atuação estatal, que não encontram eco em outros palcos.

Sob uma perspectiva histórica, o controle judicial de políticas públicas evoluiu na exata medida em que se modificou a concepção da separação de Poderes, atualmente prevista no art. 2º da Constituição. Esse princípio foi por muito tempo encarado como um óbice intransponível para a investida do Poder Judiciário contra a discricionariedade administrativa – e, consequentemente, contra a escolha de prioridades que constitui a própria essência das políticas públicas[29]. Ao que tudo indica, mesmo a inauguração de mecanismos de tutela de direitos transindividuais, através da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) e 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), pouco alterou esse panorama[30].

Entretanto, o princípio da separação de Poderes passou por uma revisão radical, a ponto de permitir, atualmente, uma profunda intervenção do Poder Judiciário quando a omissão ou a inoperância estatal na formatação de políticas públicas gera uma violação a direitos subjetivos[31]. Observe-se que a origem da violação ao direito pode estar no Executivo ou no Legislativo. A atuação (omissiva e comissiva) defeituosa desses Poderes, por sua vez, pode decorrer da falta de vontade, da ausência de capacidade política de levar adiante um projeto, ou mesmo da crônica carência de recursos. O Judiciário, por outro lado, não sofre desses males: quando provocado, é obrigado a agir; possui meios de coerção mais ou menos eficazes para fazer valer suas decisões; e os custos, de uma forma ou de outra, acabam

---

[28] Ada Pellegrini, ao tratar do mínimo existencial que deve ser assegurado pelas políticas públicas – e, consequentemente, garantido pelo Poder Judiciário –, afirma que "é esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las" (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo**, v. 164, p. 14, out./2008). Na mesma linha, Osvaldo Canela Júnior assevera que "a lesão a direito fundamental social pode operar-se basicamente de duas maneiras. A primeira consiste na omissão completa do Estado na satisfação espontânea dos direitos constitucionais subjetivos previstos no art. 6º da Constituição Federal. A segunda forma de lesão a direitos fundamentais sociais decorre do comportamento, comissivo ou omissivo, do Estado, que permite a ocorrência de desigualdade social na fruição dos serviços criados para satisfação espontânea dos bens da vida referidos no art. 6º da Constituição Federal" (CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155).

[29] Cf., por todos, GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo**, v. 164, p. 09, out./2008.

[30] GRINOVER, loc. cit.

[31] Para Eduardo Cambi e João Paulo Vasconcelos, "o Judiciário, na atual quadra histórica, politicamente desneutralizado, passa a exercer uma função socioterapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais e contribuindo, assim, para a construção do Estado Social e Democrático de Direito" (CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil – Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 227,abr.-jun./2016).

recaindo sobre outrem. Essas considerações deixam evidentes as circunstâncias que contemporaneamente embasam o controle judicial de políticas públicas.

1.1.2.1As causas do controle judicial de políticas públicas

A primeira e mais importante causa para o controle judicial de políticas públicas é de natureza normativa, qual seja, a violação de direitos subjetivos decorrentes de alguma previsão constitucional ou legislativa, com densidade normativa considerada suficiente para justificar a tutela jurisdicional. Nessa seara, é utilizada, de maneira corrente, a ideia de máxima efetividade das normas constitucionais, capitaneada pela vanguarda da doutrina constitucionalista da década de 80 do século passado, que buscava combater a insinceridade normativa da Constituição revogada[32]. No entanto, é possível que tais direitos estejam previstos em leis ou até mesmo em atos infralegais, mas ainda assim não sejam atendidos na prática. Nessas condições, mesmo que não haja uma política pública completamente desenvolvida, o Judiciário sente-se legitimado a interceder.

A segunda causa para o controle judicial de políticas públicas, de cunho político, deflui da lentidão das "instâncias tradicionais" em levar adiante propostas de concretização dos objetivos ansiados pela população. Várias razões explicam esse fenômeno, dentre elas a "desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral" e o fato de que os "atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade"[33]. Dessa maneira, o Judiciário assume para si a função de catalisador do processo político[34].

---

[32] Sobre um histórico do período, cf. BARROSO, Luís Roberto. A Constituição brasileira de 1988: 25 anos de vida. In: COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado (coord.). **Reflexões sobre a Constituição**: uma homenagem da advocacia brasileira. Brasília: Alumnus: OAB, Conselho Federal, 2013, p. 45-60.

[33] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 439.

[34]Luís Roberto Barroso enxerga no Supremo Tribunal Federal, em alguma medida, um "papel representativo": "Nos últimos anos, porém, e com especial expressão no Brasil, tem-se verificado expansão do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal. Em curioso paradoxo, o fato é que, em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais" (BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 38-39, 2015).

A terceira causa para o controle judicial de políticas públicas é de matiz institucional: após a redemocratização, o Brasil experimentou uma "vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais"[35]. Munido de um poderoso arsenal de mecanismos de coerção (desde multas, até o arresto ou penhora de dinheiro em espécie) e dotado das garantias de independência imprescindíveis ao funcionamento de um Estado de Direito, o Judiciário consolidou-se como um *player* importante no jogo democrático. Assim, juízes passaram a adotar uma postura "ativista", "associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes"[36].

Todas essas razões podem ser colhidas de casos emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, como aqueles ligados ao direito à saúde (arts. 6º e 196, da Constituição). Assim, no RE 271.286, em que se discutia o dever de o Município de Porto Alegre fornecer gratuitamente medicamentos aos portadores de HIV, o Supremo destacou que a norma contida no art. 196 da CRFB/88 "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente"[37]. Apoiando-se na jurisprudência do STF – sintetizada na decisão monocrática proferida pelo

---

[35] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 439.

[36]Ibid., p. 442.

[37]RE 271286 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 12 set. 2000, DJ 24 nov. 2000.p. 101. O acórdão ficou assim ementado: "EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a *pessoas* carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Ministro Celso de Mello na ADPF 45[38] –, Ada Pellegrini Grinover elenca três requisitos que deveriam nortear o controle judicial de políticas públicas:(*i*) cumprimento do mínimo existencial; (*ii*) razoabilidade do pedido formulado; e (*iii*) obtenção de disponibilidade financeira, ainda que através de meios de coerção indireta[39].

1.1.2.2As críticas ao controle judicial de políticas públicas

Não obstante a pertinência dos motivos apontados, três ordens de críticas são direcionadas à "judicialização" das políticas públicas, da forma como ela hoje se apresenta. Em primeiro lugar estaria a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para controlar as políticas públicas. Em segundo lugar, aponta-se a sua incapacidade institucional, decorrente da falta de conhecimento técnico aprofundado acerca do próprio objeto de controle. Por fim, resta a crítica relacionada às consequências que tal intervenção judicial poderia ocasionar[40]. Todas essas críticas – de alguma maneira, relacionadas entre si – encontram-se bem sintetizadas no voto-vista proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso no RE 566.471, em que se discute a possibilidade de o Poder Judiciário determinar que o Estado forneça medicamentos de alto custo[41].

---

[38] ADPF 45 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 29 abr. 2004, DJ 04 mai. 2004.p. 12.

[39]GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo**, v. 164, p. 04-09, out./2008.

[40] Assim também na doutrina: "O controle judicial excessivo recebe críticas por realizar a *microjustiça*, negando observância à isonomia de tratamento ao distribuir desigualmente os recursos escassos de todos. Todas as pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento. Exigir-se judicialmente do Estado algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições implica a criação de um sistema de distribuição de justiça desigual e excludente. Por isso, é complexo admitir que o juiz atenda a uma necessidade específica de um dos cidadãos (necessidade individual), mesmo fundada na proteção de direitos fundamentais, senão há previsão legal ou por política pública já implementada. Quando o controle judicial atende individualmente a um direito à prestação positiva – social – do Estado, com prejuízo à efetivação de políticas públicas a toda a população, compromete-se o princípio da isonomia entre os cidadãos. A jurisdição funciona como fator de desequilíbrio das prestações sociais, para impor à Administração Pública a criação deum programa específico e exclusivo que venha a atender a uma situação individual. Além dessas críticas, o controle judicial desmedido de políticas públicas coloca o problema da incapacidade para a tomada de decisões tecnicamente corretas (escolhas de políticas públicas se fundam em elementos técnicos especializados), da morosidade e da insuficiência estrutural e material" (CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil – Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 237-238,abr.-jun./2016).

[41] O voto está disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2017.

A falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para determinar o dispêndio de numerário público decorre da constatação de que, se o dinheiro é insuficiente para atender a todas as demandas da sociedade, as escolhas sobre como será a sua utilização são de natureza política, e não jurídica. Portanto, apesar de o controle do ato administrativo ilegal não violar a separação de Poderes, considerando a limitação dos recursos públicos disponíveis, é inevitável que determinadas medidas – especialmente aquelas de custo muito elevado ou que busquem alcançar um ponto ótimo na satisfação das pretensões dos cidadãos – mostrem-se inexequíveis pelo Estado. Destarte, a decisão acerca de como utilizar os escassos recursos públicos só poderia ser tomada por quem foi escolhido para tanto. É dessa ideia que decorre a conhecida teoria da "reserva do possível", segundo a qual "algumas decisões judiciais sobre direitos sociais não são passíveis de cumprimento em razão da escassez de recursos públicos"[42].

As críticas relacionadas à incapacidade institucional do Poder Judiciário apoiam-se no fato de que as políticas públicas envolvem questões técnicas estranhas ao conhecimento do juiz. De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto, "[é] frequente o argumento de que o Judiciário não tem o conhecimento técnico imprescindível para verificar, no campo das políticas públicas, qual é a providência adequada"[43]. O juiz seria treinado apenas "para realizar a justiça do caso concreto, a micro-justiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço"[44]. A essa alegação agrega-se a de que o *design* do processo judicial seria inapto tanto para colher todas as informações necessárias quanto para fornecer soluções abrangentes às questões apresentadas, diferentemente do que ocorre, por exemplo, no processo legislativo[45].

Por último, de acordo com as críticas consequencialistas, o controle judicial de políticas públicas pode acarretar as seguintes disfuncionalidades[46]: (*i*) impossibilidade de planejamento, em virtude da necessidade de cumprimento imediato de ordens judiciais,

---

[42] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: ____; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie**, 2008.p. 525.

[43] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: ____; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie**, 2008., p. 530.

[44] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 445.

[45] SOUZA NETO, op. cit., p. 530.

[46] Cf. MENDONÇA, Eduardo. **Remédio ineficaz**: a judicialização desordenada das políticas de saúde. 27 set. 2016. Disponível em: <https://jota.info/especiais/remedio-ineficaz-judicializacao-desordenada-das-politicas-de-saude-27092016>. Acesso em 17 jun.2017.

muitas delas incoerentes entre si; (*ii*) perda do ganho em escala, inclusive drenando recursos de outras áreas cujo funcionamento era satisfatório; e (*iii*) elitização da prestação estatal, já que as decisões judiciais protegeriam apenas aqueles que demandam em juízo– grupo composto, em geral, por pessoas que têm maior acesso à justiça, seja porque são mais conscientes dos seus direitos, seja porque possuem mais fácil acesso a advogados.

1.1.3 O papel do Direito Processual

Apesar dessas críticas, a "*judicialização da vida*"[47] – na feliz expressão de Luís Roberto Barroso – veio para ficar. Quando uma política pública não funcionar a contento, aqueles que se sentirem lesados nos seus direitos subjetivos continuarão a procurar, individual ou coletivamente, a tutela jurisdicional, na tentativa de obter o bem da vida que o Poder Público não lhes proporcionou voluntariamente. Sendo assim, tanto doutrinadores quanto Tribunais passaram a procurar novos caminhos para o controle judicial de políticas públicas, que, além de produzirem melhores resultados, fossem capazes de minimizar as críticas acima listadas.

Com efeito, veja-se que é corriqueiro observar decisões judiciais determinando à União, aos Estados e aos Municípios que forneçam medicamentos ou provejam tratamentos médicos, com base no já mencionado direito à saúde previsto nos arts. 6º e 196, da Constituição[48]. Outro exemplo: para assegurar o direito à educação infantil, previsto no art. 208, IV, da CRFB, o Supremo Tribunal Federal já chancelou decisão que determinava a matrícula de crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do trabalho dos seus responsáveis legais[49].Assim, da forma como é exercido hoje, o controle judicial de políticas públicas culmina em uma providência pontual: "forneça-se um medicamento", "matricule-se a criança em uma creche" ou "construa-se um hospital".

---

[47] BARROSO, Luís Roberto. **A Revolução do novo** – a transformação do mundo: política, economia e valores éticos no início do milênio. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/6/art20170606-02.pdf>. Acesso em: 17 jun.2017.

[48] O fenômeno é público e notório no Brasil. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, firmou tese em repercussão geral no sentido de que "o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente". (RE 855.178, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 05 mar. 2015, DJe 16 mar. 2015).

[49] ARE 639.337AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23 ago. 2011, DJe 15 set. 2011.

Essas decisões revelam que o Poder Judiciário, na grande maioria das vezes, encara os fatos de maneira isolada e profere uma decisão desconectada do contexto da ação administrativa. Esse tipo de abordagem, por ignorar o funcionamento da política pública subjacente, não é capaz de apreender a causa do problema identificado, e acaba atacando apenas a sua consequência. Assim, ainda que o conteúdo da decisão possa estar correto, é aí que incidem, com toda a sua força, as críticas já apontadas acima, relacionadas à falta de legitimidade democrática, à incapacidade institucional do Judiciário e às consequências negativas da intervenção judicial.

Diante desse cenário, incumbe ao Direito Processual desenvolver uma ferramenta que permita conjugar, de um lado, a efetividade do direito assegurado pela Constituição ou pela legislação e, de outro, a permanência nas mãos do Poder Executivo da maior parcela possível de discricionariedade técnica no desenvolvimento da política pública. Com efeito, se não se pode recusar proteção a um direito previsto no ordenamento[50], e sendo o processo instrumental ao direito subjetivo[51], cabe a ele mimetizar, o máximo possível, os efeitos práticos que seriam produzidos caso o direito não tivesse sido violado[52].

1.2 **Os processos estruturantes**

[50] Ao tratar da execução, José Carlos Barbosa Moreira aponta um "postulado da maior coincidência possível", de acordo com o qual "o processo funciona tanto melhor quanto mais se aproximar o seu resultado prático daquele a que levaria a atuação espontânea do direito" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. **Revista de Processo**, v. 41, p. 152, jan.-mar./1986).

[51] Cândido Dinamarco divide a instrumentalidade em um aspecto negativo e um positivo. Tratando do aspecto positivo, o autor remarca que "o *endereçamento positivo* do raciocínio instrumental conduz à ideia de *efetividade do processo*, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político. O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas, constitui o motivo central dos estudos mais avançados, na ciência processual da atualidade. Essa é a postura metodológica preconizada de início e caracterizada pela tônica na instrumentalidade do sistema processual" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 326).

[52] Especialmente no campo do controle judicial de políticas públicas, Osvaldo Canela Júnior defende a existência de um "princípio da proibição de resistência instrumental aos direitos fundamentais": "Segundo o princípio da proibição de resistência instrumental aos direitos fundamentais, nenhuma política pública, oriunda do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, poderá se converter, comissiva ou omissivamente, em instrumento de resistência à efetivação dos direitos fundamentais. (...) O princípio em tela – extraído da conjugação dos arts. 3º e 5º, XXXV, ambos da Constituição Federal – garante que os mecanismos processuais, quando existentes, não podem ser utilizados para inviabilizar a efetivação dos direitos fundamentais. De outro vértice, a inexistência de mecanismos processuais igualmente não poderá ser fundamento para a não efetivação dos direitos fundamentais" (CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 136).

1.2.1 Origem e características dos processos estruturantes

A gênese dos processos estruturantes é, em geral, associada ao surgimento de uma sociedade de massas, para a qual a estrutura tradicional do processo civil – voltada para a solução de conflitos individuais – tornou-se insuficiente. Em outras palavras, observou-se que a relação processual tradicionalmente imaginada pelos estudantes e estudiosos do Direito Processual, associada a uma disputa privada entre duas partes com interesses contrapostos e um juiz equidistante, mostrou-se inadequada para tratar de uma outra espécie de controvérsia, cada vez mais comum em um mundo no qual as discussões giram em torno de um conjunto de obrigações interconectadas devidas a um universo de pessoas.

Nesse tipo de conflito, por exemplo, não é incomum existir divergências de opinião dentro de um mesmo conjunto de indivíduos, tornando até mesmo a figura do litisconsórcio inapropriada. Basta citar, nesse sentido, um interessante episódio relatado por Ross Sandler e David Schoenbrod: numa reunião envolvendo uma fabricante de banheiros públicos e representantes de pessoas com deficiência, instaurou-se uma discussão entre aqueles que desejavam que todos os banheiros fossem acessíveis a cadeirantes, e uma dissidência do mesmo grupo que reclamava que, se isso fosse feito, a altura dos toaletes inviabilizaria a sua utilização por pessoas com nanismo[53].

A necessidade de reformulação de políticas públicas impulsionou, nesse panorama, o surgimento de uma "litigância estrutural" (*structural litigation*)[54], a qual, segundo Owen Fiss, possui três notas distintivas: (*i*) estão envolvidas entidades que não necessariamente possuem interesses contrapostos, mas sim estão, todas elas, alinhadas com o interesse público; (*ii*) o cumprimento do julgado serve à modificação da situação pretérita; e (*iii*) o Judiciário atua de forma coordenada com os demais Poderes. Essa dinâmica contrapõe-se ao arquétipo tradicional de "resolução de disputas" (*dispute resolution*), em que (*i*) o litígio é composto por partes contrapostas; (*ii*) o cumprimento do julgado serve à restauração da situação pretérita; e (*iii*) o Judiciário atua sem necessidade de diálogo com os demais Poderes[55].

---

[53] SANDLER, Ross; SCHOENBROD, David. **Democracy by decree**: what happens when courts run government. Yale University Press, 2003.p. 140-141.

[54] RODRIGUES, Marco Antonio. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (coord.). **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.p. 269.

[55] FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, p. 18-28, 1979.

Nesse passo, tem sido paulatinamente desenvolvido um "processo civil de interesse público"[56] – ao qual Abram Chayes denominou "*public law litigation*"[57] – dotado de algumas características específicas. São elas: (*i*) as partes divergem em suas zonas de interesse, mas convergem em relação à necessidade última de atendimento ao interesse público[58]; (*ii*) a crescente utilização de ações coletivas para a defesa de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos; e (*iii*) a imposição não mais de obrigações isoladas, mas sim de um conjunto de obrigações de fazer, não fazer e dar, concatenadas entre si.

A combinação desses dois fenômenos dá origem a uma "ação complexa" (*complex lawsuit*), caracterizada pela identificação de uma violação sistêmica – que consiste em um padrão de comportamento espraiado pela atividade administrativa[59]–e por uma fase de cumprimento na qual se busca resolver a causa do problema através da constituição de um plano e da promoção de um diálogo entre o Poder Judiciário e as burocracias estatais. Nesses dois pontos residem as principais diferenças metodológicas entre o processo estruturante e a relação processual típica que reveste outros tipos de litígios[60].

---

[56] V. RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 151.

[57] CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, p. 1.284, 1976.

[58] Segundo Antonio do Passo Cabral, o interesse em agir deve passar por uma releitura, para que seja compreendido à luz do conceito de "zonas de interesse". Segundo o autor, "o conceito de zonas de interesse pode servir para uma maior compreensão do interesse processual nas ações populares, nas ações de improbidade, e em todas as atuações processuais desvinculadas de um interesse material específico. Nestas, o interesse de agir deve continuar ligado a premissas de utilidade, embora voltados para o interesse público ou 'interesse cívico'. A expressão 'utilidade para o interesse público', prevista no art. 6º, §3º, da lei da ação popular, é a positivação desta concepção ampliativa de interesse processual" (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 404, p. 34, 2009).

[59] "In contrast, the focus of structural reform is not upon particular incidents or transactions, but rather upon the conditions of social life and the role that large-scale organizations play in determining those conditions. What is critical is not the black child turned away at the door of the white school, or the individual act of police brutality. These incidents may have triggered the lawsuit. They may also be of evidentiary significance: evidence of a 'pattern or practice' of racism or lawlessness. But the ultimate subject matter of the lawsuit or focus of the judicial inquiry is not these incidents, these particularized and discrete events, but rather a social condition that threatens important constitutional values and the organizational dynamic that creates and perpetuates that condition" (Ibid., 1979, p. 18).

[60]Ao abordar as ações complexas para lidar com condições desumanas nas prisões norte-americanas, Owen Fiss também ressalta essas duas características peculiares dos processos estruturantes: "In complex enforcement, a court pronounces an ongoing social institution offensive to legal norms and seeks to transform it through a detailed affirmative injunction. The central feature of the complex lawsuit is its systemic focus, reflected in both the target selected for legal criticism, a system thought to be wrongful, and the nature of the remedy imposed, a remedial plan wide ranging in scope and detail" (FISS, Owen. Complex Enforcement: unconstitutional prison conditions. **Harvard Law Review**, v. 94, p. 626, 1981).

A ilicitude objeto de prova no processo estruturante, que corporifica um "*wrongful system*"[61], é diferente daquela identificada em um processo individual. Isso porque a violação, naquele caso, decorre do próprio funcionamento da instituição, cuja estrutura demanda reforma. No caso das prisões, por exemplo, as violações observadas são fruto da falta de preparo dos guardas, da ausência de recursos suficientes e da indiferença para com os direitos dos presos. O fato de o agente público estar bem-intencionado, portanto, é de pouca ou nenhuma efetividade prática[62].

A segunda peculiaridade dos processos estruturantes é a decisão a ser proferida. Essa decisão "terá, inúmeras vezes, um conteúdo igualmente programático, no sentido de estabelecer um interlúdio específico para a disponibilização do veículo que permita a satisfação do bem da vida"[63]. Isso quer dizer que a sua configuração foge à normalidade das sentenças, não por impor obrigações inexistentes ou inexequíveis, mas sim por utilizar de outras técnicas de decisão para que a (re)estruturação da política pública saia do papel. Essa decisão possui o formato de uma medida estruturante[64], congregando uma combinação variada de obrigações concatenadas de fazer, não fazer, dar e pagar quantia. Tais medidas tomam como base a ideia de *open remedy* para estabelecer um diálogo com os demais Poderes, com o intuito de construir uma solução conjunta[65].

Os processos estruturantes, portanto, encaixam-se no vácuo que existe entre a forma como é geralmente enfrentado o controle judicial de políticas públicas e o objetivo de ver

---

[61] FISS, Owen. Complex Enforcement: unconstitutional prison conditions. **Harvard Law Review**, v. 94, p. 640, 1981.

[62]Ibid., p. 641.

[63] CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

[64] Assim em JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p. 30: "As respostas a esses questionamentos deverão vir com o estudo da teoria do Professor da Universidade de Yale, Owen M. Fiss, sobre o que entende por *structural reform*, tendo já sido traduzida a expressão, ou como reforma estrutural, ou como ações estruturais, sendo preferida para esta pesquisa outra tradução, uma vez que medidas estruturantes têm mais intimidade com o que a obra quer demonstrar ao final. O ponto fundamental do estudo será a defesa de que já existe no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo legal em vigência que abarque esta pretensão, independentemente de proposta legislativa".

[65]Os *open remedies* são uma forma de decisão presente nos litígios envolvendo direitos humanos, em que há uma articulação entre os órgãos envolvidos na busca por uma forma de modificar aquela realidade de violação desses direitos. Cf. SHATANAPALLY, Aruna. **Beyond disagreement**: open remedies in Human Rights Adjudication. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 15: "A third possible rationale can be advanced, not drawn from the reasoning of judges, but from the perspective of constitutional design. This rationale is not directed towards limiting judicial power, but rather towards the potential for judicial decisions on fundamental rights to provoke democratic deliberation on the ethical commitments of the polity and how best to realize them. (…) Deliberative democrats focus on the possibility of deliberation leading to the transformation of attitudes and preferences, rather than taking these patters as given. By returning the question of how the law can better reflect our fundamental commitments to the political process, open remedies invite deliberation, rather than removing questions from political decision-making".

implementado um plano que torne efetivo o direito subjetivo desrespeitado. Eles exprimem a concepção de que os arranjos institucionais devem ser modificados de maneira holística para que haja, de fato, a reversão de um cenário de ilegalidades. Para isso, tais ações partem da premissa de que o Judiciário funciona como uma mola propulsora para a construção de uma solução em prol do interesse público, e o processo serve como um veículo para promover o envolvimento de todos os atores interessados[66].

1.2.2 Conceito e nomenclatura dos processos estruturantes

Como visto, no processo estruturante busca-se a identificação de um problema sistêmico – seja ele decorrente da ausência de política pública para uma determinada área, seja da deficiência na política pública existente – que acarreta a violação de direitos subjetivos. Se constatada essa violação sistêmica, a decisão judicial (ou seja, a medida estruturante) buscará, como o próprio nome indica, (re)estruturar adequadamente a política pública considerada necessária, resolvendo as múltiplas questões aí envolvidas. Sendo assim, os processos estruturantes podem ser conceituados como um arquétipo de relação processual formatado para a identificação de uma falha sistêmica em uma política pública, cujo escopo é promover a reestruturação da atividade administrativa de modo a evitar novas violações aos direitos subjetivos das pessoas atingidas.

O estudo dos processos estruturantes não é novidade entre autores brasileiros. Com efeito, os trabalhos pioneiros de Marco Félix Jobim[67] e Desirê Bauermann[68] abordaram o seu surgimento no direito estrangeiro, especialmente nos Estados Unidos da América. Mais recentemente, diversos artigos trataram do tema, justificando até mesmo a edição de algumas

---

[66] Em sentido análogo, cf. Owen Fiss: "The theory of structural reform, no more than any other form of constitutional litigation, does not require that courts have the only word or even the last word, but that they be allowed to speak and to do so with some authority. Process is the measure of that authority. (…) There may be other processes or methods for giving meaning to constitutional values, though what they might be is not clear to me, but the process I have just described – the core of adjudication – is the only one open to the judge" (Ibid., p. 16).

[67] JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

[68] BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

obras coletivas[69]. Por fim, dissertações de mestrado e teses de doutorado têm sido defendidas, abordando os mais variados aspectos dos processos estruturantes[70].

Considerando essa profusão de textos a respeito do assunto, merece ser justificada a adoção da nomenclatura "processos estruturantes". É verdade que há outras expressões bem mais comuns na doutrina especializada, como, por exemplo, "litígio estrutural"[71] ou "processo estrutural"[72]. A rigor, na literatura é possível encontrar menção aos termos "litígio", "medida", "ação" e "processo", associados aos adjetivos "policêntricos", "multipolares", "multifocais", "estruturais" ou "estruturantes". A adequação desses nomes depende, naturalmente, do contexto em que forem utilizados e daquilo que se pretende estudar.

Os "litígios" designam aqueles conflitos ocorridos no mundo dos fatos, e que serão objeto de tratamento através do processo[73]. Já as "medidas" indicam as prestações jurisdicionais corporificadas nos pronunciamentos do juiz[74]. A palavra "ação", como bem realçado por Leonardo Greco, possui múltiplos significados, que vão desde o direito de ação decorrente da garantia do acesso à justiça até uma identificação com a demanda[75]. Os processos, por sua vez, são geralmente classificados de acordo com a sua natureza, subdividindo-se em três categorias:(*i*) de conhecimento; (*ii*) cautelares; e (*iii*) de execução[76].

---

[69] Por todas, veja-se ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

[70]Cf., *v.g.*, GISMONDI, Rodrigo. **Processo civil de interesse público e medidas estruturantes**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2017. Mimeografado.

[71] Assim em CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 01 set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 13 jul.2017.

[72] Nesse sentido, v. o título da seguinte obra coletiva: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

[73] Conforme destacado por Sérgio Arenhart, "as questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial" (ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, p. 07, jul.-dez./2015. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em 26 dez. 2018.

[74] O termo "medida", portanto, corresponderia às *injunctions* do direito norte-americano. Sobre o tema, veja-se a elucidativa passagem de Owen Fiss: "Structural reform is premised on the notion that the quality of our social life is affected in important ways by the operation of large-scale organizations, not just by individuals acting either beyond or within these organizations. It is also premised on the belief that our constitutional values cannot be fully secured without effectuating basic changes in the structures of these organizations. The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means by which these reconstructive directives are transmitted" (FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, p. 02, 1979).

[75] GRECO, Leonardo. **Teoria da Ação**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 09-13.

[76] Esta divisão, contudo, não é imune a críticas, confirmando, afinal, o acerto da nomenclatura escolhida neste trabalho. Confira-se, sobre o tema, a pertinente explicação de Cassio Scarpinella Bueno: "Assim como se dá em relação à ação, comuníssima a afirmação da doutrina de que há, ao menos tendo como pano de fundo o CPC de 1973, três tipos de processo: o de conhecimento, o de execução e o cautelar. (...) O que merece ser destacado, por

No que diz respeito às qualificações, "policêntrico" seria utilizado para se referir a uma série de problemas interdependentes e interligados[77]. Ele é visto pela doutrina como sinônimo do termo "multipolar", porém este último coloca ênfase na possível existência de uma pluralidade de interessados[78]. "Estrutural", sob um ângulo etimológico, designa algo relativo a uma estrutura[79], enquanto "estruturante" corresponde a algo que estrutura ou que permite a estruturação de um referencial externo[80]. Por outro lado, "estruturante" remete à tradução literal da palavra "*structural*", deixando transparecer certo estrangeirismo.

Verifica-se, assim, que nenhuma das nomenclaturas apontadas é infensa a críticas ao tentar delimitar o objeto de estudo aqui tratado. É necessário, portanto, escolher aquela que menos compromete a análise empreendida. Sendo assim, optou-se, neste trabalho, por utilizar a locução "processos estruturantes", diante de três razões. Primeiro, porque facilita o diálogo com a doutrina norte-americana, que já estudou alguns dos institutos que podem ser adaptados à realidade brasileira. Segundo, porque este trabalho cuida precisamente de processos que buscam (re)estruturar uma política pública ou um órgão por ela responsável, e não de todas as ações multifocais[81]. Terceiro, porque a expressão já se encontra relativamente consagrada na doutrina brasileira[82].

É importante destacar, contudo, que esse corte metodológico não impede que os processos estruturantes absorvam ideias e institutos desenvolvidos em outras ações multifocais. Apenas para dar um exemplo, veja-se o caso da falência, no qual o processo serve

---

causa da evolução legislativa brasileira, é que o processo deve ser compreendido de forma sincrética, no sentido de que ele não aceita distinções. Há um só processo, em que são visíveis, com maior ou com menor nitidez, fases ou etapas, sucessivas ou concomitantes, em que atividades ora cognitivas ora satisfativas, com maior ou menor intensidade, são praticadas pelo magistrado, sempre com a preocupação maior de prestar tutela jurisdicional àquela parte que, na perspectiva de direito material, faz jus a ela" (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 73.

[77] Já é conhecida a clássica definição de William Fletcher sobre o policentrismo: "Polycentricity is the property of a complex problem with a number of subsidiary problem 'centers', each of which is related to the others, such that the solution to each depends on the solution to all the others. A classic metaphor for a polycentric problem is a spider web, in which the tension of the various strands is determined by the relationship among all the parts of the web, so that if one pulls on a single strand, the tension of the entire web is redistributed in a new and complex pattern" (FLETCHER, William A. The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy. **Yale Law Journal**, v. 91, p. 645, 1982).

[78] Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In:____; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

[79] Priberam Dicionário. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/estrutural>. Acesso em 22 dez. 2018.

[80] Priberam Dicionário. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/estruturante>. Acesso em 22 dez.2018.

[81] Há exemplos de processos multifocais que não teriam esse mesmo objetivo, tais como as ações envolvendo violações no mercado de capitais (MARÇAL, Felipe Barreto. **Medidas e processos estruturantes (multifocais)**: características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2018. p. 37. Mimeografado.

[82] Por todos, cf. MARÇAL, Felipe Barreto. **Medidas e processos estruturantes (multifocais)**: características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2018. Mimeografado.

como veículo para a liquidação do passivo de uma sociedade empresária insolvente diante de um concurso de credores (sendo certo que, se a empresa mostrou-se definitivamente incapaz de satisfazer suas obrigações, um ou mais desses créditos serão provavelmente frustrados). Nesse contexto, a figura do administrador judicial desempenha um papel fundamental como auxiliar do juiz – o que pode ser transplantado para a fase de supervisão do cumprimento da decisão proferida em um processo estruturante, como se verá mais adiante.

1.2.3 Vantagens dos processos estruturantes

Em decorrência das suas duas características distintivas, os processos estruturantes reduzem significativamente as críticas dirigidas ao controle judicial de políticas públicas. Com efeito, um processo estruturante tem lugar, geralmente, em uma ação coletiva[83] (ou mesmo em uma ação de controle concentrado de constitucionalidade[84]), cuja amplitude cognitiva permite "um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (a 'macro-justiça') – o que em geral não ocorre no contexto de ações individuais"[85].

O fato de se tratar de uma ação dessa natureza também reforça a probabilidade de que todos (ou a maioria dos) argumentos de ambos os lados serão levados ao juízo, diante da presunção de maior conhecimento técnico do ator institucional[86]. Com efeito, na ação coletiva

---

[83] Embora haja essa preferência, a doutrina admite a tutela individual de direitos coletivos, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo**, vol. 164, out./2008, p. 18: "é certo que os direitos coletivos (*lato sensu*) gozam de instrumentos processuais específicos de proteção: Lei da Ação Civil Pública, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação de improbidade administrativa. Mas é certo também que, por intermédio de uma demanda individual, podem ser protegidos direitos e interesses coletivos *lato sensu*". Voltar-se-á ao ponto quando for abordada a questão da legitimação para o acordo.

[84] Há, no Brasil, exemplos de processos estruturantes em ações de controle concentrado de constitucionalidade, mencionados mais à frente neste trabalho. Deve-se observar, no entanto, que somente possuem legitimidade ativa para ajuizamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal, aquelas entidades elencadas no art. 103 da Constituição. Essa peculiaridade dificulta muito que processos estruturantes envolvendo políticas públicas locais sejam levados ao conhecimento do STF. Isso, porém, não é impossível: basta lembrar da já citada ADPF 347, de relatoria do Min. Marco Aurélio. Para uma defesa das ações de controle concentrado de constitucionalidade como formas de tutela coletiva, cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. Tese de Doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 47.

[85] BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p. 143.

[86] BARCELLOS, op. cit., p. 143. Aliás, a própria premissa da existência de uma expertise técnica superior por parte do Poder Executivo é discutível nos processos estruturantes, considerando-se a possiblidade de o juiz valer-

há uma cognição mais bem formulada do que aquela que tem lugar em uma ação individual, podendo o juiz "realizar uma macroanálise, a partir de aspectos relativos não apenas à mera implementação de direito, mas também enfrentando elementos orçamentários e de implementação de políticas públicas que podem ser dotados de igual dignidade normativa"[87].

Em relação ao resultado, "a discussão em sede coletiva ou abstrata favorece a isonomia, evitando as distorções que os processos individuais podem gerar na distribuição de bens dentro da sociedade"[88]. Isso porque o controle judicial das políticas públicas não pode ser realizado "sem que haja uma devida concepção do todo que envolvem, pois mesmo uma demanda individual na defesa de um direito fundamental pode gerar consequências para muitas outras causas propostas com finalidade semelhante"[89]. Além disso, na decisão são viáveis a fixação de metas e a verificação do seu atingimento, bem como o controle dos resultados esperados e dos recursos investidos[90]. Perdem força, portanto, as críticas consequencialistas e parte das críticas de incapacidade institucional do Poder Judiciário.

Reduzindo os argumentos de falta de legitimidade democrática, note-se que o processo estruturante, ao invés de impor uma medida unilateral, cria uma preferência *prima facie* para a atuação das instâncias políticas, enfraquecendo a alegação de violação à separação de

---

se de assistentes com conhecimento sobre a matéria. Assim em FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, vol. 93, 1979, p. 33-34: "The claim for diversion is largely predicated on the view that these administrative agencies possess some expert knowledge, and yet I for one fail to see the evidence to support that position. The instrumental critic in essence makes a comparative argument, one about the superiority of administrative agencies, but only attempts to document one-half of that argument. He typically points to 'failures' of the courts, but never considers the 'failures' of the administrative agencies, of which there are many. The literature is filled with the evidence of administrative failures, and teaches us to be wary of the claim of administrative expertise, also voiced at earlier times by the Progressives. Admittedly, structural reform is a perilous and arduous activity, but the problem is largely one of knowledge, knowing how large-scale organizations operate, not the distribution of that knowledge among various agencies. I doubt whether there is some special body of knowledge relevant for such a remedial undertaking, but even if there were, it still remains to be seen why it could not be made available to the judge, either through expert witnesses, or through auxiliary structures such as special masters".

[87] RODRIGUES, Marco Antonio. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (coord.). **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.p. 262.

[88] BARCELLOS, op. cit., p. 143. No mesmo sentido, cf. CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148 ("A intervenção do Poder Judiciário há de realizar-se preferencialmente por meio do processo de índole coletiva, uma vez que o processo de índole individual pode permitir o paradoxo da desigualdade – desde que não produza efeitos coletivos –, não promovendo o correto realinhamento de políticas públicas").

[89] RODRIGUES, Marco Antonio. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas, in CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (coord.). **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.p.260.

[90] BARCELLOS, op. cit., p. 144-145.

Poderes[91]. As decisões nos processos estruturantes, como visto, criam um diálogo entre o Poder Judiciário e os Poderes Legislativo e Executivo[92]. O voto-vista proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso no RE 566.471 encarece a importância desse diálogo, fixando, inclusive, como parâmetro procedimental para o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado, "um diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde (*e.g.*, câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e CONITEC)"[93].

Desse modo, ao preservar a discricionariedade administrativa, mediante a exigência do estabelecimento de objetivos, metas e parâmetros de atuação, com supervisão pelo próprio Estado, reduz-se significativamente a alegação de invasão do campo da "reserva de administração". Para além disso, a oitiva das pessoas diretamente atingidas pela política pública propicia um *input* de legitimidade ao cumprimento do plano, bem como informações em primeira mão sobre o que está ou não funcionando. De mais a mais, a criação de um processo de autocorreção, baseado em experiências empíricas, permitirá que a política pública funcione de maneira praticamente autônoma, demandando uma atuação mínima do magistrado, adstrita ao acompanhamento da execução do plano (podendo, inclusive, contar com o auxílio de especialistas para isso) e à solução de conflitos eventualmente surgidos.

Por fim, um plano de ação pode minimizar algumas consternações ligadas à "reserva do possível". Ordens pontuais drenam recursos não apenas da dotação orçamentária especificamente existente para aquela área, mas também de outras políticas públicas igualmente relevantes. O plano de ação, por outro lado, discriminará especificamente as fontes de custeio necessárias para o cumprimento das metas e objetivos nele previstos, além de estabelecer prioridades e alternativas de recursos, caso as receitas esperadas não se realizem.

---

[91] A "preferência prima facie do processo político para tomada de decisões a respeito de políticas públicas" é o primeiro parâmetro de escolha institucional em políticas públicas apontado por Felipe de Melo Fonte. V. FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 187.

[92] De acordo com Rodrigo Brandão, a doutrina canadense visualiza o controle de constitucionalidade "como instrumento catalisador de um diálogo entre as instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade" (BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre a Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 273).

[93] Ao definir, ainda, a legitimidade passiva da União para as ações que demandem o fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS, bem como que "no caso de deferimento judicial do fármaco, o diálogo deve ser instaurado para determinar que os órgãos competentes (CONITEC e Ministério da Saúde) avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS", o Ministro demonstra preocupação com a necessidade de se provocar uma reavaliação da correção da política pública com base na prática, ou seja, com a instituição de um mecanismo de autocorreção.

1.2.4 Processos estruturantes no mundo

1.2.4.1Estados Unidos

Os processos estruturantes têm sido uma tendência no Brasil e no exterior. Nos Estados Unidos, a ideia de processo estruturante – inserida em um cenário de "*institutional reform litigation*"[94] – tomou forma no paradigmático caso *Brown v. Board of Education of Topeka*[95], que determinou o fim da segregação racial no sistema educacional norte-americano[96]. Como destacado por Marco Félix Jobim, "o rompimento com o passado no caso *Brown* foi tamanho que a Suprema Corte dos Estados Unidos, no corpo do *opinion* do caso, consignou que o Tribunal novamente se reuniria para ver a real evolução do que foi decidido"[97].

De fato, a transformação ali comandada pela Suprema Corte dos EUA, longe de ser uma tarefa trivial, exigia mudanças, *v.g.*, nos "procedimentos para a designação de alunos", nos "sistemas de transporte para acomodar novas rotas e novas distâncias" e na "realocação de recursos entre escolas e novas atividades"[98]. Diante dessas dificuldades, em 1955, a

---

[94]Cf. REYNOLDS, A. David. The Mechanics of Institutional Reform Litigation. **Fordham Urban Law Journal**, v. 8, n. 4, p. 695-729, 1979.

[95]Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

[96] Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. XIII, p. 233-234, jan.-jun./2014. Assim também em FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, p. 02, 1979: "As a genre of constitutional litigation, structural reform has its roots in the Warren Court era and the extraordinary effort to translate the rule of *Brown v. Board of Education* into practice. This effort required the courts to radically transform the *status quo*, in effect to reconstruct social reality. The courts had to overcome the most intense resistance, and, even more problematically, they had to penetrate and restructure large-scale organizations, public school systems. The imagery was rural and individualistic - the black child walking into an all-white school - but the reality, especially by the mid 1960's, as the focus shifted to the urban centers and the nation at large, was decidedly bureaucratic". No mesmo sentido, BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012. p. 54.

[97]JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.p 572.

[98] FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, p. 02-03, 1979: "*Brown* was said to require nothing less than the transformation of 'dual school systems' into 'unitary, nonracial school systems', and that entailed thoroughgoing organizational reform. It required new procedures for the assignment of students; new criteria for the construction of schools; reassignment of faculty; revision of the transportation systems to accommodate new routes and new distances; reallocation of resources among schools and among new activities; curriculum modification; increased appropriations; revision of interscholastic sports schedules; new information systems for monitoring the performance of the organization; and more. In time it was understood

Suprema Corte proferiu nova decisão, conhecida como *Brown II*[99], na qual, embora tenha rejeitado o fim imediato da segregação racial, impôs a sua realização com "toda a velocidade possível" e devolveu a questão aos Tribunais locais, a quem atribuiu competência para acompanhar o cumprimento da ordem judicial[100].

Embora a unificação escolar, alegadamente, só tenha efetivamente ganhado força com o *Civil Rights Act* de 1964 (que proibiu o repasse de recursos federais a programas que não respeitavam a proibição de discriminação racial[101]), os influxos de *Brown* deram origem a uma variedade de decisões avaliando a adequação das políticas públicas. Um exemplo geralmente citado é o caso *Holt v. Sarver*[102], envolvendo as condições do sistema carcerário norte-americano. Jordão Violin enfatiza que o pionerismo desse caso reside no fato de que ele "foi o primeiro caso em que todo o sistema prisional de um Estado teve sua constitucionalidade impugnada judicialmente"[103].

A questão de fundo dizia respeito à violação do direito previsto na Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos (que proíbe a imposição de penas cruéis ou incomuns)[104] pelo sistema prisional do estado de Arkansas. Segundo os fatos apresentados, a administração penitenciária não tomava quaisquer precauções para a manutenção da integridade física dos internos, além de submetê-los a celas superlotadas. Ao julgar procedentes os pedidos, a Corte, ao invés de impor uma medida pontual, oportunizou ao Poder Público que apresentasse um plano de ação, avaliando alguns itens estabelecidos pelo próprio juízo. Após muitas idas e

---

that desegregation was a total transformational process in which the judge undertook the reconstruction of an ongoing social institution. Desegregation required a revision of familiar conceptions about party structure, new norms governing judicial behavior, and new ways of looking at the relationship between rights and remedies".

[99]Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1955).

[100]BELL JR., Derrick A. Bell. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation. **The Yale Law Journal**, v. 85, p. 474, 1976: "In 1955, the Supreme Court rejected the NAACP request for a general order requiring desegregation in all school districts, issued the famous 'all deliberate speed' mandate, and returned the matter to the district courts".

[101] LAYCOCK, Douglas. **Modern American Remedies**: Cases and Materials. 4. ed. Wolters Kluwer, 2010.p. 311. No original: "The early years of school desegregation proceeded cautiously, with 'all deliberate speed' and with orders to admit individual students to white schools. Progress greatly accelerated after the Civil Rights Act of 1964 banned racial discrimination in any program or activity receiving federal funds, with the executive branch threatening to cut off federal funds as the enforcement mechanism".

[102] A rigor, trata-se de uma sucessão de casos, dentre os quais destacam-se os seguintes: Holt v. Sarver I, 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark. 1969); Holt v. Sarver II, 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970), 442 F. 2d 304 (8th Circ. 1971); Holt v. Hutto, 363 F. Supp. 194 (E.D. Ark. 1973); Finney v. Arkansas Board of Corrections, 505 F. 2d 194 (8th Circ. 1974); Finney v. Hutto, 410 F. Supp. 251 (E.D. Ark. 1976), Finney v. Marbry, 455 F. Supp. 756 (1978) e Hutto v. Finney, 437 U.S. 678 (1978). Para uma competente análise sobre o tema, em língua portuguesa, v. VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**, Salvador: Juspodivm, 2017.

[103]Ibid., p. 307.

[104]"Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted".

vindas, tendo sido tratados desde os elementos mais genéricos até aqueles mais específicos (como a discriminação racial na oferta de trabalhos), o juízo concluiu que as prisões do Arkansas estavam, afinal, ajustadas às exigências constitucionais.

Desde então, diversos casos seriam instaurados com o mesmo escopo de adequar as prisões à Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos, tanto em relação à segurança quanto à saúde dos presos[105]. No que concerne à primeira, as Cortes têm geralmente identificado como principal causa do dano sistêmico a falta de proteção adequada por parte dos guardas[106]. Diversas medidas foram impostas nesse contexto, incluindo-se o treinamento dos agentes e a separação dos presos de acordo com sua periculosidade. Acerca da saúde dos detentos, a falta de médicos ou de tratamento adequado para presos com alguma doença mental é geralmente resolvida mediante a contratação de pessoal e uma análise cuidadosa de pedidos de transferência ou de tratamento externo por razões médicas[107].

Em tempos mais recentes, aspectos relacionados à segurança pública têm entrado na ordem do dia. Em *Floyd v. City of New York*[108], *e.g.*, afirmava-se que o método de "abordagem e revista" ("*stop and frisk*") da Polícia de Nova Iorque violava a Quarta e a Décima Quarta Emendas à Constituição americana, por ter inclinações racistas. A partir da análise dos percentuais de cidadãos abordados e revistados, e observando o número de armas apreendidas em decorrência dessa prática, a Corte distrital constatou que um cidadão negro ou hispânico tinha uma probabilidade muito maior de se sujeitar à ação policial do que um cidadão branco, e que o resultado da ação era largamente infrutífero. Sendo assim, foram estabelecidas uma série de providências a cargo dos réus, dentre elas a obrigação de utilização de câmeras corporais pelos policiais e o preenchimento de formulários indicando em detalhes as razões para a abordagem.

---

[105] V. FISS, Owen. Complex Enforcement: unconstitutional prison conditions. **Harvard Law Review**, v. 94, 1981.
[106]Ibid., p. 631.
[107]Ibid., p. 635-636.
[108]Floyd v. City of New York, 959 F. Supp. 2d 540 (S.D.N.Y. 2013). Íntegra da decisão disponível em: <http://www.nytimes.com/interactive/2013/08/12/nyregion/stop-and-frisk-decision.html>. Acesso em: 17jul. 2017.

1.2.4.2África do Sul

Na África do Sul ganhou fama o caso *Grootbroom*[109], no qual pessoas hipossuficientes e desalojadas que viviam sem condições elementares de saneamento básico e luz elétrica pleiteavam do Poder Público o fornecimento de moradia adequada a todos, ou nutrição básica, abrigo e prestação de saúde e de serviços sociais às crianças. Tais pedidos amparavam-se nas Seções 26, que estabelece o direito a uma moradia adequada, e 28, que assegura à criança o direito de abrigo, ambos da Constituição sul-africana.

Embora tenha afirmado que tais dispositivos constitucionais não garantam o direito de abrigo ou habitação imediata, a Corte Constitucional da África do Sul reconheceu, à luz da Constituição, a insuficiência do programa de acesso à moradia até então existente. Dessa forma, o Tribunal decidiu que o Estado deveria desenvolver e implementar, dentro dos recursos financeiros disponíveis, um projeto coerente e coordenado, destinado ao atendimento do direito de acesso à habitação adequada[110].

---

[109]The Government of the Republic of South Africa v. Irene Grootbroom, Case CCT 11/00, 04.10.2000.A íntegra da decisão encontra-se disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.pdf>. Acesso em: 17jul. 2017.

[110]The Government of the Republic of South Africa v. Irene Grootbroom, Case CCT 11/00, 04.10.2000. p. 66-67: "[95] Neither section 26 nor section 28 entitles the respondents to claim shelter or housing immediately upon demand. The High Court order ought therefore not to have been made. However, section 26 does oblige the state to devise and implement a coherent, co-ordinated programme designed to meet its section 26 obligations. The programme that has been adopted and was in force in the Cape Metro at the time that this application was brought, fell short of the obligations imposed upon the state by section 26(2) in that it failed to provide for any form of relief to those desperately in need of access to housing. (…) [99] The following order is made: (…) 2. The order of the Cape of Good Hope High Court is set aside and the following is substituted for it: It is declared that: (a) Section 26(2) of the Constitution requires the state to devise and implement within its available resources a comprehensive and coordinated programme progressively to realise the right of access to adequate housing. (b) The programme must include reasonable measures such as, but not necessarily limited to, those contemplated in the Accelerated Managed Land Settlement Programme, to provide relief for people who have no access to land, no roof over their heads, and who are living in intolerable conditions or crisis situations. (c) As at the date of the launch of this application, the state housing programme in the area of the Cape Metropolitan Council fell short of compliance with the requirements in paragraph (b), in that it failed to make reasonable provision within its available resources for people in the Cape Metropolitan area with no access to land, no roof over their heads, and who were living in intolerable conditions or crisis situations". Conforme destacado por Felipe Fonte, a decisão em tela considerou "como 'fracos' os direitos constitucionais, garantindo que haja alguma política pública destinada a dar-lhes concretude, sem que, no entanto, o Poder Judiciário adentre no mérito administrativo para designar especificamente qual deve sê-la" (FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 291-292).

1.2.4.3América Latina

Os processos estruturantes também não são novidade nos países da América Latina. Na Colômbia, por exemplo, eles ganharam corpo com a ideia de "estado de coisas inconstitucional". Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o estado de coisas inconstitucional reflete um "quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais", "de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional"[111]. Na mesma linha, ao comentar aquilo que chama de "decisões sistêmicas" da Corte Constitucional da Colômbia, Manuel Jose Cepeda-Espinoza menciona as decisões proferidas nos casos do deslocamento forçado de pessoas (*sentencia* T-025, de 2004) e do sistema de saúde (*sentencia* T-760/2008)[112].

Na Argentina, o caso mais célebre de processo estrutural é o caso *Mendoza* (*Mendoza, Beatriz y ots. c. Estado Nacional y ots. s/Daños y Perjuicios*), envolvendo questões de infraestrutura sanitária, saúde, moradia, trabalho e navegabilidade, em decorrência da poluição do Rio Riachuelo[113]. A ação foi ajuizada em face do Estado Nacional, da Província de Buenos Aires, da Cidade Autônoma de Buenos Aires e de quarenta e quatro empresas situadas na área, requerendo a reparação dos danos coletivos, a criação de um fundo público para reparação de danos individuais, a continuidade na execução de um plano de gestão ambiental para a área, a implementação de medidas para atender à saúde da população ribeirinha e o bloqueio de bens para impedir a dilapidação do patrimônio pelas demandadas.

A simples existência da ação já provocou uma externalidade positiva: pouco após a primeira decisão, foi criada, pela Lei nº 26.168, a *Autoridad de Cuenca Matanza-*

---

[111] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 01 set. 2015.p. 2. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 13jul. 2017.

[112]CEPEDA-ESPINOZA, Manuel Jose. Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court. **Texas Law Review**, v. 89, p. 1.700, 2011: "The second basic idea that I want to share, are criteria to classify the decisions that protect socio-economic rights after these tensions are taken into account. I think that we should try to avoid placing the decisions in fixed categories or boxes. The decisions are best seen as in a continuum, where there are degrees of intervention and kinds of intervention, I will only highlight the basic criteria for this classification. First, the object of the decision rendered by the court. I think that individual and structural dichotomies are useful, but T-025 and T-760, the IDPs [Internal Displaced People] decision and the health decision, are more than structural, they are systemic". O autor põe em destaque, ainda, o volume de casos relacionados ao sistema de saúde que chegavam à Corte Constitucional da Colômbia, em cenário bastante similar ao hoje vivenciado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro: "Colombia is a smaller country than Brazil but, per year – in 2008 when the court intervened – there were at least 80,000 tutelas that had reached the court concerning health". (Ibid., p. 1.698).

[113] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Mendoza, Beatriz y ots. c. Estado Nacional y ots. s/ Daños y Perjuicios, causa M.1569.XL.

Riachuelo(ACUMAR), entidade de direito público com competência para regular, controlar e fomentar atividades industriais, de prestação de serviços públicos ou qualquer outra atividade com incidência ambiental na bacia hidrográfica. Na sentença, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* condenou os réus e a ACUMAR a adotar as medidas previstas no plano elaborado pelo próprio Tribunal, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida da população, recompor o meio ambiente e evitar os danos razoavelmente previsíveis. Essas medidas foram organizadas em um cronograma, cujo cumprimento ficou sob responsabilidade de um juízo de primeira instância, com o auxílio de um sistema de monitoramento e controle[114].

Outro exemplo argentino é o caso *Verbitsky* (*Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*) um *habeas corpus* que atacava as condições indignas de vida nos presídios, compreendendo tanto a pouca higiene quanto a falta de alimentação adequada[115].Após sucessivas derrotas nas instâncias inferiores, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, reconhecendo a violação aos direitos dos detentos, determinou ao Ministério da Justiça da Província de Buenos Aires que convocasse uma mesa de diálogo envolvendo os autores e os *amici curiae*, bem como eventuais representantes da sociedade civil. O papel desse órgão seria apresentar propostas de solução para o problema. Além disso, aquela Corte expediu uma série de ordens pontuais determinando a cessação imediata de determinadas práticas, tais como a detenção de menores em delegacias, e solicitou informações completas sobre as circunstâncias concretas de encarceramento[116].

1.2.4.4Brasil

Esse fenômeno, como já adiantado, encontrou eco no Brasil. Pegando por empréstimo o instituto colombiano, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 347, declarou expressamente o

---

[114] Para uma análise crítica do caso, v. VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa Mendoza: antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Anales da Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales U.N.L.P.**, n. 43, 2013.

[115] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus, V. 856. XXXVIII. Recurso de Hecho.

[116] Há uma interessante análise desse caso, ao lado de tantos outros, no memorial apresentado pela Sociedade Brasileira de Direito Processual na ADPF 347, intitulado "[v]iolações de direitos no sistema prisional, decisões estruturais e diálogo institucional: análise de precedentes estrangeiros". Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/09-contribuicao-sbdp-paraADPF347-01-12-15.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2018.

estado de coisas inconstitucional em relação à precária situação dos presídios brasileiros[117]. Também fazendo referência ao Estado de Coisas Inconstitucional, o Min. Luís Roberto Barroso, em seu voto no RE 592.581 (paradigma do Tema 220 da repercussão geral), acentuou que "a melhor intervenção do Judiciário, em situações como esta, é a seguinte: o Judiciário pode impor ao Poder Executivo que realize o diagnóstico da situação e que apresente um plano adequado para sanar aquela omissão sob monitoramento do Poder Judiciário"[118]. Essa é precisamente a essência de um processo estruturante, como já exposto anteriormente.

Os processos estruturantes no Brasil, porém, não ficam restritos ao campo penitenciário. No âmbito do controle judicial de políticas públicas sanitárias, por exemplo, a exaustiva pesquisa feita por Ana Paula de Barcellos constatou que, em um conjunto de 258 casos analisados, quatro de cada cinco processos em que os pedidos foram julgados parcialmente procedentes resultaram na fixação de um termo final para que os réus implementassem o serviço sanitário ou apresentassem um plano indicando como isso seria feito ao longo do tempo. Segundo a autora, "nestes casos, portanto, as Cortes não se envolveram em questões técnicas sobre como o serviço seria prestado"[119]. Além disso, enfatiza a autora que "uma decisão judicial favorável pode promover processos de mudança

---

[117]O acórdão proferido no julgamento da medida cautelar na ADPF 347 ficou assim ementado: "CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHASESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como 'estado de coisas inconstitucional'. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão"(ADPF 347 MC, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09 set. 2015, DJe 19 fev. 2016).

[118]RE 592.581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.2015, DJe 20.01.2016.

[119] BARCELLOS, Ana Paula. Sanitation Rights, Public Law Litigation, and Inequality: A Case Study from Brazil. **Health and Human Rights Journal**, v. 16, n. 2, p. 38, 2014: "The review identified 258 cases that were relevant to this study. Courts granted the plaintiffs' requests, to some extent, in 76% of these cases. In four out of five cases where plaintiffs' petitions were partially granted (79.69%), this meant setting a deadline (with an associated fine for non-compliance) for defendants to implement the sanitation service, or presenting a plan describing how it would be implemented over time. In those cases, therefore, courts did not get involved in technical issues about how the service would be delivered. The original deadlines, however, were not met in any of the cases: courts usually accept the government's requests for postponements following much communication and negotiation on the issue".

social, e a mobilização social e da mídia, por exemplo, são importantes para a implementação de decisões judiciais"[120].

Marco Félix Jobim aponta algumas outras decisões do Supremo que, na sua opinião, contêm ou deveriam conter medidas estruturantes[121]. São elas: ADI 3510 (constitucionalidade da utilização de células-tronco para fins de pesquisa)[122]; ADI 4277[123] e ADPF 132[124] (constitucionalidade da união estável de pessoas do mesmo sexo); ADPF 54[125] (aborto de fetos anencefálicos); Pet 3388[126] (constitucionalidade da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol); e MI 708[127] (regulamentação do direito de greve dos servidores públicos).

Nas instâncias inferiores, ganhou grande expressão o caso da "ACP do Carvão"[128], uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em 1993, pretendendo impor às mineradoras e à União a realização e a concretização de um projeto de recuperação ambiental na região de Criciúma/SC. Em janeiro de 2000, foi proferida sentença impondo aos réus a apresentação, no prazo de seis meses, de um projeto de recuperação do local, contemplando questões como as áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto, minas abandonadas, desassoreamento, descontaminação da água, etc.

Além da cominação de multa coercitiva, o juiz sentenciante também impôs às mineradoras que se adequassem às normas de proteção ambiental, sob pena de interdição; aos órgãos de proteção ambiental e de fiscalização da mineração, que apresentassem relatório circunstanciado de fiscalização das minas da região; e ao MPF, que opinasse sobre o projeto de recuperação a ser apresentado. Após muitas idas e vindas, foi aprovado um projeto e criado um Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA), formado pelos representantes técnicos de todas as partes e por sujeitos externos ao processo ligados à questão ambiental, com as funções de propor estratégias, métodos e técnicas para a recuperação da área

---

[120]Ibid., p. 40: "Resorting to litigation does not exclude other means of bringing about social change, and can indeed promote alternative action. A favorable court decision can launch social change processes, and media and social mobilization, for instance, are important to the implementation of judicial decisions. Thus, courts, politics, and other social means should be used to promote access to sanitation services".

[121]V. JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.157-171.

[122]ADI 3510, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 29 mai. 2008, DJe 28 mai. 2010.

[123]ADI 4277, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 05 mai. 2011, DJe 14 out. 2011.

[124]ADPF 132, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, j. em05 mai. 2011, DJe 14 out. 2011.

[125]ADPF 54, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12 abr. 2012, DJe 30 abr. 2013.

[126]Pet 3388, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, j. em19 mar. 2009, DJe 25 set. 2009.

[127]MI 708, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em25 out. 2007, DJe 31 out. 2008.

[128] Para comentários acerca da decisão, v. ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, jul.-dez./2015.Disponível em:<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em 26 dez. 2018.

degradada. Atualmente, o processo encontra-se na fase de implementação dos cronogramas e monitoramento dos resultados.

A ACP do Carvão, porém, não é única. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, há diversos outros casos que poderiam ser enquadrados como processos estruturantes. Veja-se, nesse sentido, a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o Município do Rio de Janeiro, em que foi celebrado Termo de Ajustamento de Conduta entre as partes para tratar de diversas providências relacionadas ao direito à mobilidade urbana dos cidadãos[129]. Na fase de acompanhamento das providências previstas no acordo e em seus aditivos, questões ligadas à implantação de sistemas de climatização nos ônibus foram sendo resolvidas, culminando na recente determinação ao Município de que levasse a cabo uma intervenção no serviço público de transporte de passageiros.

Já na ação civil pública em que o Ministério Público estadual questionava o contingenciamento da parcela de receitas destinadas ao Fundo Estadual de Recursos Hídricos (FUNDRHI)[130], foi celebrado Termo de Ajustamento de Conduta pelo Estado do Rio de Janeiro, pelo Instituto Estadual do Meio Ambiente – INEA e pelo próprio Ministério Público, prevendo uma série de providências destinadas à regularização do fluxo financeiro desse Fundo. Posteriormente, houve um aditivo ao referido Termo, para prever a forma, o prazo e as condições da restituição de recursos ao FUNDRHI, bem como mecanismos adicionais de transparência e de controle das movimentações financeiras.

Para além desses e de outros casos que serão comentados pontualmente ao longo deste trabalho, sempre que forem úteis para demonstrar o que se pretende expor, merece menção o fato de que o fenômeno dos processos estruturantes também não passou despercebido pelo Poder Legislativo. Em 04 de novembro de 2014, o Deputado Federal Paulo Teixeira apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.058/2014, com o intuito de disciplinar um "processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário". Esse PL contém diversas previsões interessantes, tais como:

> a) a obrigatoriedade de que tal processo tenha características "estruturais", "policêntricas", "dialogais", "flexíveis", "tendentes às soluções consensuais" e "que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas

[129]Ação Civil Pública n. 0052698-24.2013.8.19.0001, 8ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.
[130]Ação Civil Pública n. 0018492-42.2017.8.19.0001, 16ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro

físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este" (art. 2º, Parágrafo Único);

b) a necessidade de adoção do rito das ações coletivas (art. 3º);

c) a estipulação de uma fase preliminar, em que haverá a prestação de informações detalhadas a respeito da política pública, aí envolvidos o planejamento e a execução existentes, os recursos financeiros necessários e o cronograma em que seria possível atender ao pedido (art. 6º);

d) a possibilidade de utilização de técnicos especializados para auxiliar o juiz na análise das informações prestadas (art. 8º, §2º);

e) a possibilidade de designar audiências públicas e convocação de *amici curiae* (art. 10, *caput* e Parágrafo Único);

f) a viabilidade na utilização de meios adequados de solução de controvérsias (arts. 11 a 13);

g) a imposição de medidas abertas e flexíveis, que poderão consistir na apresentação de um planejamento necessário à implementação ou à correção da política pública, bem como a inclusão de créditos adicionais especiais no orçamento, o que poderá ser objeto de revisão (art. 18);

h) a possibilidade de o juiz nomear "comissário", pessoa jurídica ou natural, para acompanhar a implementação dos atos necessários à satisfação da obrigação (art. 19);

i) a possibilidade de alteração da decisão na fase de cumprimento, para ajustá-la às peculiaridades do caso concreto, inclusive nas hipóteses em que o ente público implemente outras medidas que se demonstrem mais adequadas ou que as próprias medidas indicadas na decisão sejam impróprias (art. 20);

j) a reunião de processos individuais que tratem de uma mesma política pública, ainda que entre eles não haja conexão, para que o juiz tenha conhecimento de todos os elementos que envolvem a questão (art. 23);

l) a existência de um cadastro nacional de processos sobre políticas públicas (art. 26); e

m) a necessidade de notificação do Ministério Público e de outros legitimados, bem como a possibilidade de conversão de ação individual em coletiva, caso sua solução possa interferir nas políticas públicas de um determinado setor (art. 28).

Nem tudo, porém, são flores. Os processos estruturantes também são objeto de renovadas críticas, ainda sob o ângulo da legitimidade democrática, da capacidade institucional e dos resultados produzidos. Além disso, o modelo aqui exposto enfrenta certas dificuldades de adaptação a alguns institutos processuais tradicionais. Todos esses obstáculos levam à conclusão de que uma solução consensual é a melhor saída possível no âmbito dos processos estruturantes.

1.3 **Os obstáculos enfrentados pelos processos estruturantes**

1.3.1 Obstáculos genéricos

Três espécies de obstáculos genéricos à adoção dos processos estruturantes despertam especial atenção. Em primeiro lugar estão as consternações relacionadas ao ativismo judicial, já que as decisões proferidas nos processos estruturantes possuem uma abrangência que as tornaria mais próximas da legislação do que propriamente de decisões judiciais[131]. Pode-se, também, questionar se os juízes possuiriam a capacidade necessária para identificar danos

[131] Essa visão pressupõe a existência de funções típicas de cada um dos Poderes do Estado, que não poderiam ser usurpadas por outro. Veja-se os comentários de Joanne Scott e Susan Sturm sobre o papel tradicionalmente imputado ao Judiciário: "According to the traditional view, law is about rule elaboration and enforcement. The judiciary bears a distinctive institutional responsibility for elaborating and enforcing public norms, and applying those norms to facts filtered through formal adjudicative process. Normative and factual activities from other domains operate as inputs to be processed and then outcomes to be judged. A legal norm thus operates under this view as a code of conduct that gives rise to clear obligations to address well-understood problems with clear normative implications. Such a rule must be sufficiently clear, concise, and general to justify attaching coercive consequences to the rule's violation. Courts use analogy, logic, and moral intuition to define the problem at the core of the relevant authoritative principle, to formulate or apply a standard or rule to address that problem, and then to construct a hierarchical relationship between the judiciary and other public bodies to implement those specified rules. Legal pronouncements should settle disagreements or uncertainties about the nature and scope of problematic activity and its relationship to the generally articulated constitutional or statutory principles calling for judicial interpretation. Less formal and definitive norms, such as those produced through judicially accountable agreements or emerging from administrative or expert-facilitated problem solving, do not count as legal norms. Legal norms are the substantive product of liability determinations by a court, adoption of enforceable regulations by an administrative agency, or statutory enactment by a legislature" (SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as Catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. **Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group**, n. 07-146, p. 03, 2007. Disponível em:<http://ssrn.com/abstract=982281>. Acesso em: 25dez.2018).

sistêmicos e para construir medidas estruturantes capazes de combatê-los[132]. Por fim, há um receio ligado à credibilidade do Judiciário: a ineficácia da decisão judicial, em decorrência de óbices práticos ou da resistência natural dos agentes públicos poderia colocar em xeque a seriedade do juízo, desmoralizando-o[133].

Em relação às preocupações direcionadas à natureza da função jurisdicional, vale recordar que já há muito tempo esta não se limita à resolução de conflitos individuais. Veja-se, por exemplo, o exercício do controle abstrato de constitucionalidade, através dos processos de índole objetiva, cuja natureza jurisdicional (ao menos no Brasil) está acima de qualquer dúvida. Portanto, não há, a rigor, nenhum óbice ontológico à assunção desse papel pelo Judiciário. Humberto Dalla, com acerto, ressalta que "é imperioso que a função jurisdicional assuma e lide com a interação de suas decisões com o corpo social, até mesmo porque elas não podem abrir mão da necessária adesão e deferência da sociedade para serem efetivas"[134]. Essa interação é realizada através dos processos estruturantes[135], cuja projeção é prospectiva, no sentido de constituir uma nova realidade diferente daquela que se apresentava até então[136].

---

[132] Assim em SANDLER, Ross; SCHOENBROD, David. **Democracy by decree**: what happens when courts run government. Yale University Press, 2003. p. 148: "Judges generally cannot provide the necessary leadership. Judges have plenty of power to punish, but none to reward. Democracy by decree works fine in pointing out what went wrong, but it works badly in putting things right. Democracy by decree also inevitably leads to an emphasis on the quantifiable dimensions of the defendant's mission and deemphasizes the rest. (…) Democracy by decree aggravates he unfortunate tendency of bureaucracies to focus on counting things rather than helping people. Democracy by decree aggravates another unfortunate tendency of bureaucracies: to give the highest pay and most prestige to those who write the instructions for others down the chain of command, or who check on compliance and prepare reports to go back up the chain of command. Yet it is those on the lower reaches of the chain of command who actually deliver the services that people need".

[133]Esse é o caso de Lon Fuller, por exemplo: "The final question to be addressed is this: When an attempt is made to deal by adjudicative forms with a problem that is essentially polycentric, what happens? As I see it, three things can happen. First, the adjudicative solution may fail. Unexpected repercussions make the decision unworkable; it is ignored, withdrawn, or modified, sometimes repeatedly. Second, the purported arbiter ignores judicial proprieties – he 'tries out' various solutions in posthearing conferences, consults parties not represented at hearings, guesses at facts not proved and not properly matters for anything like judicial notice. Third, instead of accommodating his procedures to the nature of the problem he confronts, he may reformulate the problem so as to make it amenable to solution through adjudicative procedures" (FULLER, Lon. Forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, dez./1978, p. 401).

[134]PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV, 2017.p. 76-77.

[135]Ibid., p. 77.

[136] Os processos estruturantes, como já destacado anteriormente, não buscam restituir o *status quo ante*, mas sim constituir uma nova realidade capaz de interromper a violação ao direito subjetivo. Trata-se, portanto, de uma releitura do próprio conceito de jurisdição, conforme enfatizado em CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 18, n. 35, p. 109-110 ("Invece di essere un mero sanzionatore di comportamenti, lo Stato è divenuto un induttore di condotte nella società, attuando prospettivamente con l'obiettivo di fomentare e stimolare comportamenti auspicati. Questa già era l'attuazione che si intendeva necessaria nell'ambito della tutela inibitoria, svincolata da qualunque atto di lesione (attuale nemmeno potenziale).(...) Entrambi i principi, nella loro accezione più contemporanea, permettono di imporre al giudice doveri di coinvolgimento nel dibattito, di chiarimento, di consulta, prevenzione di invalidità, tra molte

No que concerne aos aspectos técnicos envolvidos na fase de formatação e execução da decisão, o Poder Judiciário pode contar com o auxílio de terceiros que possuam tal conhecimento específico. Existe a possibilidade de realização de audiências públicas[137] para a oitiva das pessoas diretamente atingidas e de especialistas[138], bem como a intimação de *amici curiae* para manifestação nos autos, com base no art. 138 do CPC[139]. Além disso, o

altre funzioni che rappresentano la consacrazione di un approccio volto al futuro (future-oriented approach). Questa è anche la portata che si esige dal giudiziario nella gestione della sicurezza giuridica contemporanea. Qualche anni fa gli studiosi del diritto pubblico si sono accorti del bisogno di garantire sicurezza verso il futuro").

[137] Marco Antonio Rodrigues ressalta que as audiências públicas são instrumento relevante para o cumprimento do princípio do contraditório, na sua acepção de direito de influência, nos processos estruturantes: "Assim sendo, tal qual em qualquer demanda, o magistrado tem de possibilitar o amplo direito de influência das partes em sua tomada de decisão. No entanto, nas demandas que de alguma forma controlam políticas públicas, tal exigência se amplia, impondo-se que o julgador busque um aprofundamento do diálogo, a fim de tomar conhecimento mais adequado da política pública envolvida e dos diversos aspectos que a cercam. Por isso, em tais demandas é possível que o magistrado designe audiência pública, de modo a tomar conhecimento pelos participantes desta acerca dos variados pontos que exigem sua atenção na avaliação do pedido formulado por autor individual ou coletivo. Note-se que, apesar de o Código de Processo Civil de 2015 não estabelecer uma regra geral de cabimento de audiência pública, nada impede que esta seja designada, em nome do direito fundamental ao contraditório, que estará sendo democratizado com tal audiência. (...) Se é possível ao relator de incidente de resolução de demandas repetitivas perante tribunal ou de recurso representativo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça realizar audiência pública, considerando o impacto que a decisão sobre a questão em jogo pode ter sobre terceiros, da mesma forma nas ações propostas visando de alguma forma um controle de políticas públicas há um possível reflexo sobre terceiros que também necessitam ou usufruem da política envolvida na demanda" (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas, in CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigue; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.), **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior**, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 264-265).

[138] Sérgio Arenhart igualmente enfatiza a importância da participação tanto de especialistas quando das pessoas diretamente atingidas: "A participação de especialistas na área, por sua vez, oferece aos sujeitos do processo (aí incluído o juiz) contornos mais precisos do litígio e de possíveis soluções cabíveis. Essa intervenção é capaz, de um lado, de expor aspectos, problemas e interesses não percebidos inicialmente, quando do ajuizamento da causa. É também capaz de mostrar alternativas de composição do conflito que funcionaram em conflitos semelhantes ou que possuam viabilidade técnica. Para admitir todas essas intervenções, são fundamentais, como já se observou, as audiências públicas. Talvez seja correto dizer que os processos que lidam com políticas públicas jamais podem existir sem audiências públicas e que esse tipo de ato é o motor desses processos" (ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, p. 17, jul.-dez./2015. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018).

[139]Marco Antonio Rodrigues assim se manifesta acerca da participação dos amici curiae nos processos estruturantes: "Outro mecanismo que deve ser prestigiado pelo Judiciário nas ações que pretendem controle de políticas públicas é a intervenção do *amicus curiae*, expressamente consagrado no artigo 138 do Código de Processo Civil de 2015. (...) As demandas analisadas no presente estudo possuem uma grande relevância, considerando estarem atreladas à proteção a algum direito fundamental, podendo a decisão final destas atingir diretamente outros usuários da política, seja para beneficiá-los, seja para prejudicá-los. Ademais, há uma repercussão social em tais causas, em decorrência dos efeitos que poderão causar à coletividade. Dessa forma, é recomendável que o Judiciário, ainda que de ofício, se valha de amicus curiae na análise da demanda" (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas, in CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigue; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.), **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior**, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 265).

magistrado pode valer-se da atipicidade dos meios executivos prevista no art. 139, IV, 536 e 537 do CPC, para garantir a efetividade da jurisdição[140].

1.3.2 Obstáculos específicos

1.3.2.1 Prova do dano sistêmico

No que diz respeito aos obstáculos para adaptação dos processos estruturantes aos institutos tradicionais do Direito Processual Civil, é importante mencionar que, se o processo estruturante requer a identificação de uma violação sistêmica, o arsenal probatório deve ser capaz de demonstrar a ocorrência desse tipo de fato. Produzir tal prova, no entanto, não é tarefa simples. Uma única testemunha, por exemplo, dificilmente conseguiria incutir no juiz a convicção de que efetivamente existe tal violação sistêmica a ponto de justificar a edição de uma medida estruturante. Uma decisão dessa dimensão, de inegável fôlego, deve estar calcada em fatos robustos e refletida na respectiva fundamentação, nos termos do art. 489, §1º, do CPC.

Diante desse cenário, tanto a prova documental quanto a prova pericial são importantíssimas para respaldar uma medida estruturante. A primeira, porque boa parte das provas que demonstram a ocorrência de uma violação sistêmica provêm dos arquivos da própria Administração Pública. Esta, embora tenha acesso a todos esses dados, às vezes não possui a capacidade de deles extrair as evidências necessárias para reconhecer o erro na sua conduta. No já citado caso *Floyd v. City of New York*[141], a "indiferença deliberada" a respeito

---

[140] Assim também em ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, p. 18, jul.-dez./2015. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018. Acesso em: 26 dez. 2018. Confira-se: "Em outros campos, não há legislação com amplitude semelhante. Todavia, isso não deve ser visto como a vedação ao seu emprego. Ao contrário, as cláusulas abertas presentes na legislação brasileira (v.g., art. 461, CPC/1973; arts. 139, IV, 536 e 537, CPC/2015; art. 84, CDC) devem ser enxergadas com o potencial suficiente para a criação desses mecanismos. Afinal, abre-se espaço amplo para que o juiz empregue medidas de indução e de sub-rogação necessárias a dar cumprimento às suas decisões (consensuais ou não)").

[141] Floyd v. City of New York, 959 F. Supp. 2d 540 (S.D.N.Y. 2013). Íntegra da decisão disponível em: <http://www.nytimes.com/interactive/2013/08/12/nyregion/stop-and-frisk-decision.html>. Acesso em: 17 jul. 2017.

da conduta irregular que gerou a responsabilidade da Polícia de Nova Iorque foi constatada a partir de documentos que estavam na posse do próprio órgão: informações de que o Procurador-Geral já havia notificado o município, sem ter obtido resposta; monitoramento inadequado; ausência de apuração disciplinar de reclamações; etc. Porém, nem sempre esses documentos estão ao alcance da outra parte; na verdade, normalmente ela sequer sabe que eles existem.

Em relação à prova pericial, a atividade probatória nos processos estruturantes "deve estar especialmente aparelhada para lidar com as questões de grande complexidade e que envolvem, muitas vezes, inúmeras áreas de diversas ciências"[142]. Nessas situações, em que se depende de um conhecimento técnico que usualmente não está ao alcance do juiz, não resta outra saída senão buscar o apoio de um perito, nos termos do art. 156 do CPC. Contudo, considerando as múltiplas matérias congregadas em uma política pública, pode ser necessária a designação de uma equipe multidisciplinar de experts[143],a qual somente encontra previsão normativa em relação à tutela e à curatela (arts. 753, §2º, e 756, §2º, do CPC). Além disso, a própria prova pericial padece das suas vicissitudes, tornando o magistrado praticamente um escravo da palavra do perito em assuntos de elevada complexidade, não obstante as exigências dirigidas ao laudo pericial no art. 473 do CPC[144].Sem provas confiáveis, o magistrado nunca saberá sequer se existe ou não o problema que se pretende consertar.

---

[142] RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 168.

[143]No mesmo sentido, assinalam Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi que não é incomum que a cognição nesses processos exija "perícias altamente complexas, cuja realização exige uma equipe e trabalho coordenado, não sendo suficiente a figura do perito singular" (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas, *in* ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.), **Processos Estruturais**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 169).

[144] Discorrendo sobre o Código de Processo Penal, Flávio Mirza também compartilha dessas preocupações. As suas conclusões são igualmente aplicáveis ao Código de Processo Civil: "Em verdade, o nosso Código de Processo Penal é cínico, pois permite ao juiz discordar do perito, mas tal tarefa lhe é praticamente impossível. O denominado livre convencimento motivado, que não pode esconder decisões sem racionalidade, deve permitir que o juiz profira sua decisão usando argumentos passíveis de controle e aferição. Da maneira como vemos hoje, o juiz é um refém do perito" (MIRZA, Flávio. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Tributo a Afrânio Silva Jardim**: escritos e estudos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 220).

1.3.2.2 Princípio da congruência

O segundo obstáculo a ser encarado consiste na necessidade de atendimento, pela decisão judicial, do chamado princípio da congruência ou da adstrição. Esse princípio encontra previsão no art. 492 do CPC, segundo o qual "é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado". Ou seja, proíbe-se a decisão *ultra* ou *extra petita*[145].

A razão de ser do princípio da congruência é impedir que um capítulo da decisão contenha matéria sobre a qual uma das partes (ou ambas) não tenham se manifestado. Trata-se, portanto, de um consectário lógico do princípio do contraditório, que apresenta três desdobramentos: (*i*) o direito à informação; (*ii*) o direito de reação; e (*iii*) o direito de influência. Os dois primeiros compõem o já conhecido binômio "informação-reação", praticamente intuitivo quando se pensa em contraditório. O direito de influência, por outro lado, é a faceta mais moderna do contraditório, decorrente da já mencionada busca por uma verdade provável no processo, em contraposição a uma verdade meramente formal[146].

Nessa linha, cabe ao polo ativo da demanda delimitar o seu pedido, do qual o juiz não poderá fugir. Contudo, ao longo do trâmite processual, pode ficar comprovado que o pedido mediato ou imediato no processo estruturante mostrou-se total ou parcialmente inadequado para resolver a situação de fato. Isso pode decorrer não de uma deficiência do pedido em si, mas sim da ausência de elementos suficientes, à época, para a formulação do pleito de maneira completa. E é natural que seja assim: a dinâmica própria das políticas públicas torna o contexto fático cambiante e permanentemente mutável.

Uma alternativa seria negar a aplicação do princípio da congruência nos processos estruturantes. Entretanto, essa providência apenas fortaleceria as críticas já apresentadas aos processos dessa natureza. Outra opção seria fazer uma releitura das bases teóricas do princípio da congruência, as quais precisariam absorver, de alguma forma, essa nova realidade. Uma terceira saída seria admitir a formulação de um pedido genérico, com base no art. 324, §1º, II,

[145]Essa é a leitura, por exemplo, de Leonardo Carneiro da Cunha: "A sentença há de resolver a causa dentro dos limites subjetivos e objetivos da demanda proposta (CPC, art. 141), sendo-lhe vedado conceder ao autor mais (*ultra petita*), ou bem diverso (*extra petita*) do pedido (CPC, art. 492)" (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 492. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.309).

[146] Sobre o tema, v. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 24, mar./2005.

do CPC, já que não seria "possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato". Nessa hipótese, as circunstâncias de fato efetivamente existentes seriam certificadas apenas no momento da prolação da decisão, e levadas em consideração de ofício pelo juízo, nos termos do art. 493 do CPC (desde que preservado o contraditório, conforme dispõe o Parágrafo Único do mesmo dispositivo)[147].

Mesmo assim, ainda é possível que a medida estruturante, por enfeixar um plano compreensivo, não possua uma ligação imediata e óbvia com as violações demonstradas ou com o pedido. Não fosse suficiente, é possível que até mesmo as questões de fato surgidas no curso do processo sejam aparentemente desconectadas daquelas questões de fato originalmente apresentados. Basta recordar da sequência de casos em *Holt v. Sarver*, que cuidaram dos mais diversos problemas, indo desde as condições de encarceramento até a oferta de postos de trabalho na prisão. No fundo, somente o tempo dirá quais são as pedras que aparecerão ao longo do caminho.

1.3.2.3Limites da coisa julgada

A coisa julgada material, nos termos do art. 502 do CPC, é a imutabilidade que reveste o dispositivo da decisão de mérito[148]. Ela possui limites subjetivos, que dizem respeito aos sujeitos que estão indissociavelmente atrelados à decisão transitada em julgado, e limites objetivos, que estabelecem as balizas do que não mais pode ser modificado. No que diz respeito aos limites subjetivos, o art. 506 do CPC determina que a coisa julgada vincula as partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros. Já os arts. 503, 504 e 508 do CPC, por sua vez, estabelecem que a coisa julgada protege o dispositivo da sentença, em relação à

[147]Recorde-se que, mesmo quando o pedido for genérico, a sentença deve ser certa. É dizer, a "sentença (e, de resto, qualquer decisão judicial) deve ser certa, ou seja, deve expressamente decidir ou manifestar inequivocamente a conclusão a que se chegou. (...) Ainda que o pedido se refira a uma relação jurídica condicional, a decisão deve ser certa" (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 492. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.310).

[148]A coisa julgada material, na lição ainda atual de José Carlos Barbosa Moreira, indica "que a solução dada ao litígio pelo juiz se torna imune a contestações juridicamente relevantes, não apenas no âmbito daquele mesmo processo em que se proferiu a decisão, mas também fora dele, vinculando as partes e quaisquer juízes de eventuais processos subsequentes" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 97).

questão principal (e à prejudicial, em determinadas hipóteses), produzindo o seu chamado "efeito preclusivo" em relação aos argumentos que poderiam ter sido deduzidos.

As ações coletivas, predominantemente utilizadas nos processos estruturantes, possuem regras próprias no que diz respeito à coisa julgada. Assim, o art. 103, I a III, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), prevê a formação de coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, a depender do direito tutelado. No caso de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, a coisa julgada é expressamente afastada quando o resultado da sentença for o de improcedência por falta de provas, fazendo surgir uma coisa julgada *secundum eventum probationem*[149]. Já na hipótese de direitos individuais homogêneos, por sua vez, a coisa julgada é formada *secundum eventum litis*, apenas para beneficiar aquelas pessoas substituídas pelo autor coletivo[150].Por outro lado, após notificado, o autor da demanda individual que deseje beneficiar-se de eventual coisa julgada favorável deve pedir a suspensão do seu processo, criando aí uma opção de *opt in*[151].

Esse regramento, contudo, não é suficiente para compreender toda a variedade de situações que podem ocorrer no controle judicial de políticas públicas. Isso porque, nos processos estruturantes, é possível que algumas das determinações contidas na decisão transitada em julgado mostrem-se inadequadas para a concretização da política pública tal como inicialmente planejada. Ou seja, é possível que, diante da implementação da medida estruturante, algumas das providências ali previstas não produzam os efeitos desejados – ou produzam até mesmo o efeito inverso –, tornando imperiosa a sua revisão.

Aliás, tratando-se de uma relação jurídica de trato sucessivo (ou de "trato continuado"), o surgimento de novos fatos, ao invés de permitir a adaptação da decisão, na verdade faz cessar a sua eficácia. Nessa situação, nos termos do art. 505, I, do CPC, a cláusula *rebus sic stantibus* inerente a qualquer sentença simplesmente permite a rediscussão da

---

[149]CRUZ E TUCCI, José Rogério. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 315.

[150] ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 390.

[151]Essa opção por um regime de *opt in* é, inclusive, objeto de crítica por Sérgio Arenhart: "O sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos individuais privilegiou a autonomia individual, optando por um regime em que as ações individuais têm sempre preferência sobre as demandas coletivas e em que o particular só é atingido pelos efeitos da sentença coletiva se assim expressamente pretender (sistema do *opt in*). (...) O regime do *opt in*, embora privilegie a autonomia privada e, portanto, salvaguarde os interesses individuais de escolher o momento e a forma de tutela de seus direitos, apresenta um grave efeito colateral. Por não tornar o efeito da decisão coletiva imponível sobre todos (no caso de procedência ou de improcedência do pedido) favorece a multiplicação de demandas com a mesma finalidade e admitindo (ao menos potencialmente) decisões conflitantes sobre a mesma matéria (em ofensa ao princípio da igualdade)" (ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56).

matéria, excepcionando a imutabilidade assegurada pela coisa julgada material[152]. Por essa razão, parte da doutrina já tem chamado a atenção para a necessidade de se revisitar o conceito de coisa julgada nos processos estruturantes[153], para que haja a delimitação de um núcleo fundamental protegido e maior flexibilidade sobre os comandos periféricos da sentença[154].Contudo, é igualmente verdade que essa nova perspectiva pode gerar grave risco à segurança jurídica, tornando difícil – senão impossível – definir os limites da cognição já realizada e até onde se pode prosseguir naquela mesma relação processual.

1.3.2.4Necessidade de título executivo

Superada a fase de conhecimento, surge a decisão judicial que se pretende fazer cumprir[155]. Nos termos do art. 783 do CPC, "a execução para cobrança de crédito fundar-se-á

---

[152]Segundo Teori Zavascki, "a força da coisa julgada tem uma condição implícita, a da cláusula *rebus sic stantibus*, a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença. Alterada a situação de fato (muda o suporte fático, mantendo-se o estado da norma) ou de direito (muda o estado da norma, mantendo-se o estado de fato), ou dos dois, a sentença deixa de ter a força de lei entre as partes, que até então mantinha". E prossegue o autor ressaltando que, em regra, essa imutabilidade da obrigação contida na sentença cessa de imediato com a modificação da situação de fato ou de direito, ressalvadas determinadas hipóteses em que seria necessário o ajuizamento de ação de revisão, como no caso da ação de alimentos provisionais (ZAVASCKI, Teori Albino. **Coisa julgada em matéria constitucional**: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. 2001. p. 10-11).

[153]Sérgio Arenhart também realça que a concepção de coisa julgada do processo bipolar não se ajusta com perfeição aos processos estruturantes (cf. ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, p. 08, jul.-dez./2015. Disponível em:<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em 26 dez. 2018).

[154] Esse impasse foi bem analisado Marcella Pereira Ferraro, em dissertação defendida junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná: "Diante dessa incompletude, parece mais adequado pensar, na hipótese em que a discussão na 'fase de conhecimento' resulta em uma responsabilização em abstrato, que se opera a desestabilização do status quo, fixando-se uma 'obrigação de agir'- em que medida e como, não se sabe - , não propriamente de uma obrigação de fazer específica. Os contornos da tutela só vão se definindo e redefinindo ao longo do processo, como visto, e sem aquela separação estanque entre o que é conhecer e o que é executar. Ao menos em regra, não haverá uma forma específica de tutela do direito reconhecida na sentença nem possivelmente uma especificação em liquidação na sequência – isto é, em uma decisão complementar única – a ensejar a formação de coisa julgada desde logo. Não obstante, a fixação dessa responsabilidade e, por exemplo, se é exclusiva, subsidiária ou solidária, ainda que em termos genéricos, não é inútil" (FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural.** Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, 2015. p. 190. Mimeografado).

[155]A existência de duas fases distintas do processo estruturante – a fase de conhecimento e a fase de cumprimento – é encarecida por Osvaldo Canela Júnior, para quem "na fase de declaração do direito fundamental violado, as políticas públicas serão analisadas exclusivamente sob o ângulo da adequação aos fins constitucionais colimados. (...) Após o trânsito em jugado da sentença, novos parâmetros deverão ser observados pelo Estado-juiz, agora fundamentados no comando judicial. O cumprimento da sentença significa o início da prática dos atos de realinhamento coercitivo das políticas públicas, prevalecendo a análise temporal para a

sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível". Esse dispositivo exprime o brocardo latino *nulla executio sine titulo*, garantia de segurança jurídica para o jurisdicionado: tal exigência impede que ele sofra qualquer investida contra a sua propriedade ou contra a sua liberdade sem que haja um grau razoável de certeza a respeito da existência de uma obrigação[156]. Se é verdade que ao longo do tempo foram travados alguns debates a respeito da espécie de título que seria apto a deflagrar a execução – discussões essas que foram intensificadas após a permissão de decisões antecipatórias dos efeitos do provimento final –, não há notícias de que a regra tenha sido abandonada[157].

Todavia, a aplicação estrita dessa regra comprometeria a efetividade do processo estruturante. Com efeito, a fase de cumprimento nesses processos não é linear, ou seja, não é possível prever de antemão todas as obrigações que devem ser atendidas para que o plano seja cumprido a contento. Em outras palavras, não há um "ponto de partida" ou um "ponto de chegada" óbvio para os processos estruturantes, podendo-se alcançar distintas conclusões a respeito do próximo passo a ser tomado, à medida em que as obrigações forem sendo cumpridas[158]. No caso da reforma do sistema prisional, por exemplo, diferentes providências

---

efetivação do provimento jurisdicional" (CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 149).

[156]Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social**. 2003. p. 09. Disponível em:<http://abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%20(9)%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 27 dez.2018.

[157] Como bem destacado por Luiz Guilherme Marinoni, a regra da *nulla executio sine titulo* era originalmente entendida como uma forma de exigir uma decisão transitada em julgado para que fossem iniciados os atos executivos. Veja-se: "Como já foi evidenciado, a necessária precedência da sentença condenatória em relação à execução resulta da suposição de que a cognição, ou o conhecimento da existência do direito afirmado pelo autor, deve anteceder a execução. Isso porque se acreditava que a proibição da execução antes do término da cognição – que era traduzida através da fórmula de que o juiz não podia julgar com base em verossimilhança – era fundamental para garantir o direito de defesa e, assim, não poderia jamais ser excepcionada. A partir da premissa de que a cognição deveria anteceder a execução, foi estabelecido o princípio da *nulla executio sine titulo*, que quer dizer que a execução não pode ser feita sem título. Considerando a relação entre condenação e execução, o título seria, evidentemente, a sentença condenatória. O problema que poderia ser levantado, em relação a ela, diz respeito a se saber se a sentença condenatória recorrida pode ser considerada como título executivo" (MARINONI, Luiz Guilherme. **Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social**. 2003. p. 13. Disponível em <http://abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%20(9)%20-%20formatado.pdf>.Acesso em 27 dez. 2018).

[158]Veja-se as observações de Owen Fiss a respeito do tema: "In both inmate safety and health, therefore, complex enforcement propels courts to search for and eliminate the causes of unconstitutional conditions. As obvious causes reveal deeper deficiencies, the area subject to judicial inquiry steadily widens. Yet there is no natural 'stopping point' if prevention is to be complete. As a result, prison conditions that discrete adjudication treats as background to isolated violations are progressively opened to judicial reordering. Ultimately, a court may conclude that reasonable medical care is impossible without drastically reducing the prison population, or that inmate safety requires shutting down an entire facility. In theory, complex enforcement may even result in a questioning of the very institution of imprisonment." (FISS, Owen. Complex Enforcement: unconstitutional prison conditions. **Harvard Law Review**, v. 94, p. 636-637, 1981).

podem ser adotadas, como a necessidade de fechar uma unidade prisional, reduzir a população carcerária ou estabelecer um novo regime prisional para todos os detentos[159].Dessa forma, conforme já realçado, a relação de causalidade entre a violação identificada na fase de conhecimento e a decisão proferida no processo estruturante está longe de ser óbvia, dificultando a identificação de um título executivo capaz de subsidiar os atos executivos.

1.3.2.5Cumprimento da decisão judicial

Mesmo um observador desatento é capaz de notar que a atividade executiva é composta por tarefas eminentemente administrativas, que muito pouco têm a ver com as funções de um juiz. Conforme realçado por Leonardo Greco, "a atividade prática a ser desenvolvida na execução pouco ou nada tem em comum com o julgamento de litígios com fundamento em conhecimentos jurídicos"[160]A constrição de bens de um devedor e a sua alienação em hasta pública ocupam o precioso tempo do magistrado com providências meramente burocráticas, gerando um enorme congestionamento processual[161].

Por esse motivo, em diversos países as atividades em sede de execução são tomadas por auxiliares do juízo, preservando-se o magistrado para aquelas situações em que seja efetivamente necessário proferir uma decisão. Assim, por exemplo, o art. 719 do Código de

---

[159] Owen Fiss define essas providências como *orders in supplemental relief*: "From the very beginning -- and when I mean the beginning I am going back to 1950's -- from the very beginning, it was understood that when the court intervene by using the structural remedy that there will be a need and an almost constant need for revision and re-examination. When a judge entered the segregation order in 1960 against the New Orleans school system, it was understood that the judge would have to return time and time again to see how that decree was working. And, that in many instances, new orders would have to be entered called orders in supplemental relief, not contempt orders, but supplemental relief that would revise the original reorganization plan so that it would more fully approximate the ideals of the Constitution. And what resulted, in almost every structural case that I know, is not a single order from High that lasted 20 or 30 years, but rather a series of orders, some more specific than others, some tougher than others, all of them being revised in the light of the experience and knowledge that we acquired over time." (FISS, Owen. Modelos de adjudicação/models of adjudication. **Cadernos de Direito GV**, v. 1, n. 8, p. 11, nov./2005).

[160] GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. In: ____. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 10.

[161] De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, "a fase de conhecimento, na qual o juiz tem de vencer a postulação das partes e a dilação probatória para chegar à sentença, é mais célere que a fase de execução, que não envolve atividade de cognição, mas somente de concretização do direito reconhecido na sentença ou no título extrajudicial. (...) Para receber uma sentença, o processo leva, desde a data de ingresso, o triplo de tempo na fase de execução (4 anos e 11 meses) comparada à fase de conhecimento (1 ano e 7 meses)" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018. p. 147. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 03 dez.2018).

Processo Civil português criou a figura do "agente de execução", com ampla competência para conduzir o processo na fase de cumprimento[162]. Da mesma forma, nos Estados Unidos da América é comum a nomeação de um agente para conduzir os atos executivos, o qual pode assumir distintas funções[163].

Se assim o é no cumprimento das decisões comumente observadas em processos envolvendo conflitos individuais, com muito maior razão a execução das medidas estruturantes tende a ser ainda mais difícil para o magistrado. Não por outro motivo, o ordenamento processual estadunidense prevê, para obrigações mais complexas ou perenes, a nomeação de *officers of the Court*, "que têm o dever de desenvolver diretamente ou de controlar o desenvolvimento, por obra de terceiros, das atividades necessárias para promover a execução do que está previsto na sentença"[164]. Desse modo, nas *structural injunctions* do direito norte-americano há órgãos auxiliares que servem como *longa manus* do magistrado nessa atividade de supervisão, corporificados nas figuras do *receiver* e do *master*[165].

No entanto, o reconhecimento da legitimidade da prática de atos processuais por terceiros estranhos ao processo ainda é tímida no Brasil. Com efeito, embora diversos dispositivos do CPC exijam a colaboração de terceiros (ainda que não interessados) para que

---

[162]Segundo José Lebre de Freitas, "é desejável um meio processual desconcentrado, em que seja concedida larga autonomia procedimental a agentes de execução, criteriosamente recrutados e devidamente responsabilizados, que, além de reunirem as funções dos actuais avaliador depositário e encarregado da venda, assumirão muitas das actuais tarefas que, sendo hoje dos juízes, podem, sem quebra da função jurisdicional, passar a ser da sua esfera de competência" (LEBRE DE FREITAS, José. **Os paradigmas da acção executiva**. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/professor-doutor-lebre/downloadFile/file/plf.pdf?nocache=1210676672.22>. Acesso em: 18 dez. 2017).

[163]Naquele país, conforme destacado por Leonardo Greco, "apesar de a execução iniciar-se por ordem do juiz, os atos executórios são praticados por um funcionário que goza de bastante autonomia, normalmente o sheriff, que não apenas efetua a penhora, mas também se encarrega de alienar os bens penhorados em leilão público" (GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. In: ____. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 11).

[164] TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados. In: ____. **Processo Civil Comparado**: ensaios. Apres., trad. e org. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.p. 91.

[165]Desirê Bauermann discorre acerca da diferença entre essas duas figuras: "Exemplificando, o *master* nomeado para atuar no caso de reestruturação do Departamento Prisional do Texas podia observar, monitorar, encontrar provas e testemunhar sobre suas observações, bem como elaborar recomendações sobre os passos que o juiz deveria seguir para obter o cumprimento da decisão judicial, inclusive contratar assistentes para ajuda-lo nesse fim. Todavia, era-lhe vedado intervir na administração das prisões, determinar ações a serem tomadas pelo réu, ou mesmo proibi-lo de realizar outras. (…) Por fim, temos o *receiver*, que é o que mais intervém na rotina da instituição sob reestruturação, sendo portanto a forma mais drástica e intrusiva de medida. O seu uso é limitado e apenas será autorizado quando nenhum outro se mostrar apto para a obtenção do cumprimento da decisão judicial, posto as demais medidas se mostrarem insuficientes. (…) *Receiver* é o interventor apontado pelo juiz cuja função é substituir os funcionários do réu completa e temporariamente, com propósito delimitado, qual seja, garantir a execução da ordem judicial. *Monitors* e *special masters* prestam ajuda à corte, ao passo que o *receiver* assume a completa responsabilidade de gerenciar a entidade sobre a qual recai a intervenção, tendo amplíssimos poderes para tomar providência que levem ao atendimento do direito violado na prática" (BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 81-83).

o processo chegue a bom termo (v. arts. 77, 378, 380, 401-404), bem como atribuam ao advogado um papel relevante na comunicação de atos processuais e na certificação da autenticidade de documentos (arts. 269, §1º, 425, IV, 455 e 1.017, II), o Código apenas delega expressamente ao escrivão ou chefe de secretaria aqueles atos considerados "meramente ordinatórios". Esses atos "devem ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário" (arts. 152, VI, e 203, §4º, do CPC). Essa limitação, como visto, torna praticamente inviável o monitoramento da fase de cumprimento das medidas estruturantes, já que o magistrado necessita ser municiado de informações técnicas para que possa decidir corretamente.

É bem verdade que já se tem falado, com propriedade, a respeito de uma "discricionariedade informada" do juiz[166]. Segundo essa ideia, o delegatário teria um primeiro contato com os fatos apresentados, cabendo ao magistrado a tarefa de supervisioná-lo[167]. No entanto, também é igualmente verdade que inexiste previsão legal para tanto, e há vozes respeitáveis em sentido contrário à sua aceitação, eis que a escolha de um delegatário poderia representar uma violação à garantia do juiz natural[168].

1.4 **Soluções consensuais como a melhor alternativa nos processos estruturantes**

1.4.1 Resposta aos obstáculos indicados

Todos os obstáculos acima indicados, associados aos processos estruturantes, caem por terra quando se está diante de soluções consensuais, sejam elas envolvendo a relação jurídica de direito material, sejam elas dirigidas à própria relação processual. Em primeiro lugar, no que diz respeito ao princípio da separação de Poderes, dificilmente o ente público poderia invocar, com sucesso, esse argumento para tentar invalidar, modificar ou tornar

[166] ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2015. p. 387.
[167]VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa Mendoza: antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Anales da Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales U.N.L.P.**, n. 43, p. 275 e ss., 2013.
[168] Para uma análise exaustiva dessa crítica, v. CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Rio de Janeiro, 2017.p. 486. Mimeografado.

ineficaz um acordo que ele mesmo assinou. É claro que isso seria possível se presentes um dos vícios do negócio jurídico, ou alguma das causas que justificassem a sua extinção, como se dirá mais à frente. Porém, ressalvadas essas hipóteses, uma conduta desse tipo seria encarada como um ato de *venire contra factum proprium*, proibido pelo dever de boa-fé processual expresso no art. 5º do CPC[169].

No que concerne à probabilidade de êxito, veja-se que uma solução de compromisso – especialmente uma envolvendo os Poderes Executivo e Legislativo – têm mais chance de ser cumprida do que uma imposição unilateral, corporificada em uma decisão judicial. A adesão voluntária ao compromisso incute um componente psicológico, bem como um ônus reputacional sobre o gestor recalcitrante. Além disso, o princípio da cooperação, previsto no art. 6º do CPC, reforça a necessidade de que o acordo seja efetivamente cumprido[170].

Não fosse o suficiente, há hipóteses nas quais apenas a conjunção de vontades dos diversos Poderes seria capaz de permitir que uma medida estruturante seja efetivada na prática. Pense-se, por exemplo, na hipótese de ser necessário o aumento da carga tributária para financiar o plano de ação, ou a criação de cargos públicos para que haja a contratação de mais servidores. Ambas as providências exigem lei em sentido formal, nos termos dos arts. 150, I, e 61, §1º, II, *a*, da CRFB/88. Destarte, uma imposição judicial que contivesse uma medida dessa natureza poderia facilmente ter a sua constitucionalidade contestada, inviabilizando o prosseguimento da (re)estruturação pretendida.

Há ainda, no acordo, uma vantagem adicional para o juízo: evitar a absorção do custo de erro pelo próprio Judiciário[171]. Ou seja, o ônus de uma eventual solução oferecida pelas

---

[169] O (*nemo potest*) *venire contra factum proprium* pode ser conceituado como "um instrumento protetivo da confiança gerada por um comportamento praticado, de modo que o agente da conduta referência não mais deva contradizer-se por meio da prática de ato posterior, sob pena de gerar prejuízo àqueles que objetivamente aderiram à confiança emanada pelo primeiro ato" (TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 44). Acerca da sua relação como o princípio da boa-fé processual, a mesma autora prossegue, asseverando que "é possível afirmar a existência de legítimas expectativas surgidas no curso da relação jurídica processual, e que devem ser preservadas sob pena de serem rompidas as premissas do processo permeado pela boa-fé objetiva e pela visão de cooperação de divisão do trabalho entre partes e juiz. É justamente esse contexto que permite falar-se em *venire* processual" (Op. Cit., p. 157).

[170] Os princípios da cooperação e da boa-fé processual convergem para a preservação das expectativas legítimas, consoante remarcado por Antonio Cabral: "Assim, ao celebrarem um negócio jurídico processual, as partes devem sempre agir de acordo com os princípios da boa-fé e da cooperação. A prestação adequada de informações, com clareza e precisão, é também uma exigência cooperativa que remete à cognoscibilidade do conteúdo dos acordos e à previsibilidade do vínculo assumido. Essa diretriz também se justifica na proteção da confiança e a segurança das expectativas legítimas formadas no processo, tanto das partes como de terceiros. Um acordo entre as partes pode sinalizar a terceiros um padrão de conduta voluntária que, por vezes, exigirá uma atuação do juiz para proteger a expectativa criada" (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 363).

[171] MAGALHÃES, Andrea. **Jurisprudência da Crise**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2017. p. 49.

próprias partes e que se mostre, ao final, inadequada não recairia sobre os ombros do magistrado. E esses ônus podem ser de qualquer natureza, não apenas financeiros, é claro. Isso porque, no âmbito do controle judicial de políticas públicas, para além das cifras significativas, vários interesses políticos estão em jogo, colocando os agentes participantes sob os holofotes da opinião pública[172].

Passando para os óbices específicos, a produção da prova do dano sistêmico pode ser sobremaneira facilitada por um acordo processual que preveja o fornecimento de todos os documentos que a Administração Pública possua a respeito das questões de fato envolvidas no litígio. Além disso, a escolha consensual do perito – raciocínio que pode ser estendido para uma comissão de especialistas, caso isso seja necessário – já é uma realidade no art. 471 do CPC, que permite essa espécie de negócio jurídico processual se as partes forem plenamente capazes e a causa puder ser resolvida por autocomposição[173].

Acercado princípio da congruência, uma solução consensual não enfrentaria as mesmas dificuldades que uma decisão unilateral oriunda do Poder Judiciário. Isso porque o art. 515, §2º, do CPC, admite que a autocomposição judicial verse até mesmo "sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo". Essa previsão busca promover a completa pacificação social da relação jurídica de direito material, abrangendo, para tanto, eventuais relações jurídicas que com ela sejam conexas[174]. Um acordo, portanto, poderia abarcar tanto

---

[172]Veja-se as definição Diego Arguelhes e Fernando Leal para os custos associados a uma decisão judicial: "Antes de tudo, é importante destacar que a expressão 'custos', nos limites deste texto, não se restringe a uma abordagem econômico-financeira, mas se aplica a todas as dificuldades do mundo real em termos de imprevisibilidade e resultados que se seguem de uma ou outra estratégia interpretativa. Tempo, dinheiro, impopularidade, ansiedade, agitação, remorso antecipado, culpa, vergonha e sujeição à pressão de diversos grupos são exemplos do que pode estar por trás do termo 'custos'. Entre todas as formas de identificação, no entanto, interessa-nos particularmente os conceitos de 'custos de decisão' e de 'custos de erro'. Por 'custos de decisão' (*decision costs*) entendem-se os custos envolvidos para se tomar uma decisão (em termos bem simples 'encontrar o resultado'), um tipo de custo enfrentado por tribunais e por cidadãos, que têm de investir recursos nesse processo; já os 'custos de erro' (*error costs*) envolvem a quantidade e a magnitude dos erros que possam advir de uma decisão" (ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (Meta)Teoria Normativa da decisão judicial: caracterização, estratégia e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 200-201.

[173] Cf. RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 169.

[174] Essa questão já havia sido analisada, ainda sob a égide do CPC/1973, por Marco Antonio Rodrigues, que defende a extensão do dispositivo inclusive para relações jurídicas que não possuam o liame da conexão: "Assim sendo, da mesma forma que nos exemplos do direito comparado, também é possível admitir, no processo civil pátrio, a modificação da causa de pedir e do pedido com base no acordo de vontades entre autor e réu, os principais interessados na prestação jurisdicional final, a ser concedida pelo Judiciário a partir da ação proposta, mesmo após o saneamento. Destaque-se que a proposta aqui efetuada de alteração da demanda com base na consensualidade parece se legitimar com base no próprio Código de Processo Civil, que elenca, no artigo 475-N, inciso III, a sentença homologatória de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo, como título executivo judicial. O artigo 475-N, inciso III, permite, pois, que haja a homologação de transação quanto a

os fatos provados durante o curso do procedimento quanto fatos estranhos àqueles, sobre os quais incidam outras normas jurídicas, mas que, por algum motivo, tenham alguma relação de interdependência com os primeiros.

No que diz respeito aos limites objetivos da coisa julgada e à necessidade de título executivo, uma solução consensual também é de grande valia. Considerando, como dito, a imprevisibilidade de todas as providências envolvidas na reestruturação de uma política pública, é possível que as partes celebrem sucessivos acordos enquanto se mostrar necessária a fixação de novas obrigações, levando-os à homologação judicial. Dessa maneira, será possível a revisão de métodos comprovadamente ineficazes para a concretização da política pública, sendo desnecessário instaurar inutilmente uma nova relação processual.

No que concerne às preocupações sobre as dificuldades presentes na supervisão do cumprimento da decisão, um acordo processual poderia prever a escolha de um auxiliar do juízo pelas próprias partes. Sendo a garantia do juiz natural uma proteção das partes contra uma possível parcialidade do julgador, os obstáculos teóricos normalmente invocados contra a delegação de poderes perdem sentido. Além disso, é possível que o acordo preveja, inclusive, a criação de um órgão de apoio ao magistrado, com o escopo de municiá-lo das informações que ele precisa para decidir.

Por fim, mediante acordo entre as partes, pode haver algo que seria inviável através de uma decisão judicial: a incorporação, na fase de cumprimento da sentença, de meios adequados de resolução de controvérsias, como a mediação, a conciliação e os *dispute boards*. Considerando que a relação jurídica entre as partes é de natureza continuativa e que as disputas concretas atinentes às políticas públicas muitas vezes escapam ao controle do magistrado, a opção por essas ferramentas pode mostrar-se especialmente útil para servir de anteparo ao juiz. Em outras palavras, os meios adequados de solução de controvérsias ajudarão a solucionar antecipadamente aquela questão que seria submetida ao magistrado, deixando a seu cargo apenas os conflitos que não alcancem bom termo.

---

alguma outra pretensão, conexa ou não à que formava o objeto do processo originariamente. Note-se que, com tal previsão, o legislador prestigia o acesso à justiça, pois amplia a possibilidade de que a jurisdição cumpra seu papel de pacificação social. Ademais, inequivocamente tem-se uma promoção à economia processual, evitando-se a necessidade de realizar outra ação judicial entre as mesmas partes, com possível transação para solucioná-la" (RODRIGUES, Marco Antonio. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014, p. 199).

1.4.2 Resposta a outros obstáculos

Naturalmente, outros obstáculos podem ser opostos à celebração de acordos em processos estruturantes. Um dos críticos mais severos em relação a tais acordos é Owen Fiss, que, ao abordá-los no contexto da *structural reform* norte-americana, assevera que "por uma série de razões eu diria que uma decisão proferida após completada uma sessão de julgamento é muito mais propensa a produzir uma solução justa do que um acordo"[175]. O autor apoia-se em cinco argumentos para chegar a essa conclusão: (*i*) falta de transparência no acordo; (*ii*) possível incompletude do acordo; (*iii*) possível desequilíbrio entre as partes; (*iv*) desnecessidade de motivação do acordo; e (*v*) insegurança do acordo e sua menor força coercitiva.

Entretanto, tais fundamentos não resistem a um olhar atento, ao menos sob o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, em relação ao argumento de que uma decisão judicial é produto de um processo público, enquanto um acordo é fruto de negociação privada entre as partes – e nem sempre às claras –, vale recordar que um acordo celebrado com órgão ou entidade da Administração Pública sempre obedecerá ao princípio da publicidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição. Dessa forma, o Estado não poderá tergiversar com os fatos ou com as normas, devendo buscar, dentro da multiplicidade de alternativas disponíveis e à luz das circunstâncias fáticas presentes, a melhor solução juridicamente possível.

Além disso, no âmbito das ações coletivas – onde preferencialmente têm lugar os processos estruturantes –, há uma prerrogativa de atuação de atores institucionais, conforme se observa dos arts. 5º, da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), e 82, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Por essa razão, não se sustenta o receio de que haveria eventuais diferenças de recursos e informações entre as partes, a serem "compensadas" pelo magistrado na decisão judicial.

No que diz respeito à desconfiança de que determinadas circunstâncias fáticas ou jurídicas seriam deixadas de lado, vale destacar que o acordo processual não fugirá, naturalmente, da possibilidade de controle pelo magistrado. Nesse momento, o juiz verificará

---

[175] FISS, Owen M. To make the Constitution a living truth: Four Lectures on the Structural Injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 604-605.

se a avença preenche os requisitos de validade necessários e motivará a sua decisão – especialmente se for necessária a homologação do negócio jurídico para que ele produza seus efeitos processuais, como é o caso de uma transação.

Por fim, no que concerne à estabilidade e à segurança jurídica do acordo *vis à vis* aquelas proporcionadas pela decisão impositiva, é importante recordar que qualquer pronunciamento judicial está sujeito a uma discussão futura, seja mediante recurso, seja através de um meio autônomo de impugnação. O acordo judicial, na verdade, reduz a probabilidade de que isso ocorra, pois, em tese, ambas as partes estão minimamente satisfeitas com o resultado obtido. Portanto, não possui respaldo empírico o medo de que o acordo esteja especialmente sujeito a discussões futuras, relacionadas à validade do que foi combinado, ou de que ele gozaria de menor força coercitiva.

2 VIABILIDADE DOS ACORDOS PROCESSUAIS NOS PROCESSOS ESTRUTURANTES

2.1 Os acordos processuais

2.1.1 Conceito e espécies de acordos processuais

Para que seja bem delimitado o escopo deste trabalho, é necessário esclarecer o sentido em que se emprega a expressão "acordos processuais". Antes disso, contudo, é preciso recordar que mais importante do que a nomenclatura adotada, o relevo deve estar nos requisitos, na disciplina e nos efeitos do que se pretende indicar. Ou seja, a classificação é instrumental, servindo apenas para que haja uma homogeneidade a respeito do objeto de estudo: se existir um entendimento prévio sobre o regime jurídico do fenômeno descrito, não haverá desencontros[176].

Seja como for, é necessário pontuar que os acordos processuais são um dos negócios jurídicos processuais, os quais, por sua vez, são uma "espécie de fato jurídico, produzidos pela vontade humana, direcionados ao autorregramento de situações jurídicas processuais ou à alteração do procedimento legalmente estabelecido"[177]. A expressão negócios jurídicos processuais, portanto, designa aqueles atos jurídicos processuais (em sentido amplo) nos quais "a vontade é relevante tanto na opção por praticar ou não o ato como na definição dos seus efeitos"[178].

---

[176] Nesse sentido, Antonio Cabral, discorrendo sobre as convenções processuais: "Não há, como se verá nesse tópico, uniformidade de pensamento a respeito do instrumento dos negócios jurídicos bi ou plurilaterais em matéria processual. Alguns autores utilizam indistintamente para o processo as palavras 'contrato', 'acordo', 'pacto', 'convenção', e outras, o que produz imprecisão terminológica. É verdade que, no direito contemporâneo, todas estas noções se aproximaram. Assim, as diferenças terminológicas encontram-se em grande medida superadas. De fato, em termos pragmáticos, há hoje menor utilidade em diferenciar todos estes termos porque a nomenclatura raramente interfere nos efeitos de cada categoria, tampouco em seus pressupostos, validade, eficácia" (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 55-56).

[177] RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 145.

[178] O ato jurídico processual em sentido amplo é "o ato jurídico que produz ou é apto a produzir efeitos no processo". Ele se subdivide nas categorias do ato processual em sentido estrito, em que "a vontade é um

É importante frisar que os negócios jurídicos processuais podem conter uma única declaração de vontade ou mais de uma delas. São exemplos da primeira hipótese o reconhecimento da procedência do pedido, a renúncia e a desistência unilateral da ação. Há também negócios jurídicos processuais bi ou plurilaterais, mas que não têm como nota essencial a existência de interesses contrapostos ou a necessidade de um conteúdo patrimonial (tornando inconveniente a utilização da nomenclatura "contratos processuais")[179].

A partir da análise da letra do CPC (arts. 12, §2º, I; 168, *caput* e §2º; 191; 471; 596, IV; 649; 697, 730; 731, III e Parágrafo único; e 869), constata-se que a utilização do termo "acordo busca referir-se a pactos celebrados pelas partes entre si ou com o juiz, voltados para a disciplina da relação de direito material ou do próprio processo e deflagrados no processo ou fora dele (eventualmente, com submissão à homologação judicial). Dessa forma, para os fins deste estudo, pode-se conceituar o acordo processual, de maneira abrangente, como o negócio jurídico processual bi ou plurilateral, vinculante para os celebrantes, cujas disposições estão aptas a produzir efeitos sobre a relação processual ou sobre os atos do procedimento que a exteriorizam[180].

O conceito proposto, portanto, é amplo o suficiente para demonstrar que os acordos processuais são um gênero que compreende os negócios jurídicos processuais que tenham por objeto a relação jurídica de direito material, a relação jurídica de direito processual ou ambas,

---

elemento importante para a estrutura do ato, mas sem determinar o conteúdo eficacial"; e do negócio jurídico processual, que é "o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica" (CABRAL, op. cit., p. 47-52).

[179] Esse também é o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira: "Na moderna doutrina alemã generalizou-se, para os atos de que estamos tratando, a denominação *Prozessvertrage*, que se traduz literalmente por 'contratos processuais'. Se se deve ou não considerar apropriado o *nomen juris* é questão que depende da maior ou menor extensão conceptual atribuída à palavra 'contrato' – ponto em que notoriamente variam as atitudes doutrinárias. Não sofre dúvida que se está diante de atos constituídos por duas declarações de vontade. Têm elas, aqui, todavia, conteúdo igual; não caberá, pois, falar em contrato, caso se parta da premissa de que é essencial a esta figura serem diversas (embora correspondentes) as declarações de vontade. Outros escrúpulos terminológicos podem buscar fundamento na ideia de que se deve reservar o termo 'contrato' para atos de conteúdo patrimonial. A semelhante entendimento aderiu o *Codice civile* italiano de 1942, cujo art. 1.321 contém esta definição: 'Il contrato è l'accordo di due o piú parti per constituire, regulare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale'". Mas também no Brasil há quem se incline para essa posição (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das Partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, n. 40 p. 83, out.-dez./1983. Rio de Janeiro: Forense, 1983.).

[180] Antonio Cabral possui uma definição mais restrita para os acordos processuais, que ele restringe às partes e identifica com as convenções processuais: "Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade e da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento" (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 74).

desde que os efeitos sejam produzidos no processo[181]. Além disso, tal conceito admite que os acordos processuais sejam celebrados entre todos os sujeitos do processo, e não apenas entre as partes[182]. Ademais, os acordos podem ocorrer dentro (endoprocessuais) ou fora do processo (extraprocessuais) e, neste último caso, preventiva ou paralelamente a ele[183].

Sendo assim, há, em suma, quatro combinações possíveis de acordos processuais: (*i*) os praticados no processo, acerca da relação jurídica de direito material (art. 515, II, do CPC); (*ii*) os praticados fora do processo, tendo por objeto a relação jurídica de direito material, que podem ser levados à homologação judicial (art. 515, III, do CPC); (*iii*) os praticados no processo, acerca da relação jurídica processual, como as convenções processuais previstas no art. 190, do CPC; e (*iv*) os praticados fora do processo, mas sobre a relação processual, como a cláusula de eleição de foro (art. 63, do CPC). E a avença em si, é claro, pode abarcar mais de uma dessas espécies, sendo, em tais circunstâncias, um acordo processual complexo.

2.1.1.1 Acordos sobre a relação jurídica de direito material

Como bem destacado por Cândido Rangel Dinamarco, a pacificação dos conflitos representa o escopo social e o fim último do processo[184]. Dentre as alternativas disponíveis para promovê-la, a solução consensual é aquela tendencialmente mais apropriada. Em

---

[181]Fredie Didier Jr. defende a existência de dois tipos de negócios processuais: "há negócios processuais relativos ao objeto litigioso do processo, como o reconhecimento da procedência do pedido, e há negócios processuais que têm por objeto o próprio processo, em sua estrutura, como o acordo para suspensão convencional do processo. O negócio que tem por objeto o próprio processo pode servir para a redefinição das situações jurídicas processuais (ônus, direitos, deveres processuais) ou para a reestruturação do procedimento" (DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia – RBA**, ano 1, v. 1, p. 61, abr.-jun./2016).

[182] No mesmo sentido, admitindo a participação do juiz como parte nos acordos processuais, v. DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 446 ("Embora o caput do art. 190 do CPC mencione apenas os negócios processuais atípicos celebrados pelas partes, não há razão alguma para não se permitir negociação processual atípica que inclua o órgão jurisdicional. Seja porque há exemplos de negócios processuais plurilaterais típicos envolvendo o juiz, como já examinado, o que significa que não é estranha ao sistema essa figura; seja porque não há qualquer prejuízo (ao contrário, a participação do juiz significa fiscalização imediata da validade do negócio), seja porque poder negociar sem a interferência do juiz é mais do que poder negociar com a participação do juiz".

[183]Nesse sentido, GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: ____; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Advocacia de estado, questões institucionais para a construção de um estado de justiça**: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 243-272. Observe-se, inclusive, que o art. 190, do CPC, expressamente permite que as convenções processuais sejam celebradas "antes ou durante o processo".

[184] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I. p. 221.

primeiro lugar, porque, tendo sido talhada pelas próprias partes, ela provavelmente apresentará melhor aderência à questão posta e terá mais chances de ser cumprida espontaneamente. Em segundo lugar, as partes evitam, dessa maneira, o risco de obter uma solução equivocada vinda do juízo, especialmente em questões sofisticadas. Em terceiro lugar, a consensualidade produz externalidades positivas sobre o sistema de justiça: ao resolverem alguns conflitos por si mesmas, as partes permitem que um Poder Judiciário assoberbado de trabalho dedique-se apenas àquelas causas em que sua intervenção é imprescindível[185].

A ideia de consenso sobre a relação jurídica de direito material sempre foi vista com bons olhos pelo ordenamento processual civil. O art. 125, IV, do Código de Processo Civil de 1973, por exemplo, já previa que competiria ao juiz "tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes"[186]. Ao longo das últimas décadas, essa filosofia inspirou, por exemplo, a formatação conferida aos Juizados Especiais Cíveis, nos quais as partes sujeitam-se, obrigatoriamente, a uma audiência de conciliação, nos termos do art. 16, da Lei nº 9.099/1995.

O ápice do avanço da consensualidade deu-se, sem dúvidas, com o CPC atualmente em vigor, cujo art. 3º, §2º, prevê que o "Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos", cabendo aos advogados, juízes, Defensores Públicos e membros do Ministério Público estimular tal forma de desfecho do litígio (§3º do mesmo artigo). Tanto é assim que o art. 334 do Código exige a designação de audiência de conciliação ou mediação, salvo se ambas as partes manifestarem desinteresse ou se a autocomposição for inadmissível (§4º, do próprio art. 334).

---

[185]Essa são as lições de Leonardo Greco: "A solução negociada e amigável tende à pacificação do litígio com mais eficiência do que a imposta coercitiva e heteronomamente pela sentença. Ademais, a conciliação é um eficaz meio para a rápida solução dos conflitos, reduzindo, portanto, o número de processos nas prateleiras dos Tribunais'" (GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II. p. 98).

[186] O termo "conciliar", nesse dispositivo do Código de 1973, era utilizado de maneira atécnica, distinta daquela hoje empregada no art. 165, §2º, do CPC. Veja-se o comentário de Leonardo Greco acerca do dispositivo revogado: "Em qualquer processo, cabe ao juiz a qualquer tempo a iniciativa de promover a solução amigável do litígio através da conciliação (CPC, art. 125, inciso IV). A promoção da conciliação é uma atividade assistencial do juiz, de aconselhamento das partes, para tentar convencê-las a encerrar o litígio através de atos de disposição: transação, desistência da ação, renúncia ao direito ou reconhecimento do pedido. (...) Na conciliação, o juiz tem papel indutor, formulando como mediador propostas, ponderando as vantagens e desvantagens de cada alternativa, apresentando sugestões para superar impasses, tentando aproximar as partes, enfim, buscando ativamente encontrar uma solução que atenda da maneira mais satisfatória possível aos interesses dos dois adversários" (GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: introdução ao Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I. p. 115). Observe-se que, até então, mesmo a doutrina mais autorizada ainda misturava as figuras da conciliação, da mediação e da consensualidade. Naquela época, ainda não se havia alcançado o patamar de desenvolvimento doutrinário atual a respeito da matéria.

O acordo envolvendo a relação jurídica de direito material e que dá ensejo a uma sentença[187] com resolução do mérito é nominado pela legislação processual como uma "transação", nos termos do art. 487, III, *b*, do CPC. O contrato de transação encontra-se disciplinado nos arts. 840 do CC, que, por sua vez, dispõe ser "lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas". Destaca Paulo Lôbo que o "Código Civil de 2002 inovou ao tratar da transação como um contrato. (...) Seu objeto é o que o torna singular: encerrar litígio, definindo os deveres e obrigações de cada transator"[188]. Por conseguinte, a transação é um contrato típico que produz efeitos tanto no plano material quanto no plano processual, esses últimos após a sua homologação[189].

Possui especial interesse para este trabalho a questão a respeito dos direitos passíveis de transação. O art. 841 do CC prevê que "só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação". Todavia, tanto algumas situações de fato quanto outros dispositivos contidos no ordenamento jurídico colocam em xeque a interpretação puramente gramatical desse artigo. Com efeito, conforme destacado por Humberto Dalla, "questões envolvendo o Estado ou mesmo a coletividade tendem a ser tratadas de forma mais flexível, tendo como fins últimos a efetividade e a adequação da tutela jurisdicional ao caso concreto"[190]. Veja-se, nesse sentido, que o art. 3º, §2º, da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) admite textualmente a solução consensual para "direitos indisponíveis, mas transigíveis", exigindo-se homologação pelo juízo. Isso comprova que não se pode confiar exclusivamente no art. 841 do CC para disciplinar o tema[191], pois há outras formas de "transação" – especialmente no âmbito do Direito Público – que não foram por ele contempladas.

Superado esse ponto, a homologação do acordo processual, desde que preenchidos os seus requisitos de regularidade, provocará a formação de coisa julgada material e de um título

---

[187]Vale aqui a ressalva de Fredie Didier, afirmando ser possível, naturalmente, "que a autocomposição seja parcial – envolva apenas parte do mérito. Nestes casos, a homologação judicial, que será possível, não implicará a extinção do processo, mas sim a solução parcial do mérito e o prosseguimento da causa para o julgamento do restante. Não será, pois, sentença, mas decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento (art. 354, par. ún., CPC)" (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed., Salvador: Juspodivm, 2018. p. 841).

[188] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 443.

[189] A transação seria um acordo de natureza "híbrida", cf. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2.ed.rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.p. 103. Nesse caso, "se um acordo é formado por várias partes ideais, deve-se separar cada parcela, que será tratada de maneira independente das outras. Ao identificar partes ideais de um ato jurídico, ou parcelas independentes de um acordo processual, o resultado que se pretende é que cada uma delas seja tratada de maneira autônoma" (Ibid., p. 105).

[190] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil contemporâneo:** processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 2.p. 268.

[191] Assim também em PINHO, loc. cit.

executivo judicial[192]. Caso esses requisitos não estejam presentes e mesmo assim houver homologação, será cabível um ataque ao acordo através da ação anulatória prevista no art. 966, §4º, do CPC. Ou seja, como bem destacado por Marco Antonio Rodrigues, "se houve uma sentença homologatória de transação, pondo fim a uma causa, e pretenda o interessado rever os termos do negócio celebrado, a ação adequada é a anulatória daquele negócio"[193], a qual "se fundará nos vícios do negócio jurídico previstos em lei"[194]. Esses vícios, que devem ser apurados pelo juiz, serão abordados mais adiante neste trabalho.

2.1.1.2 Acordos sobre a relação jurídica processual

Apesar da antiga simpatia dos processualistas pela consensualidade, durante muito tempo essa atração esteve limitada ao direito material em jogo, não se estendendo ao conteúdo dos atos processuais. Talvez por uma questão ideológica, ligada à antiquada dicotomia entre "privatismo" *versus* "publicismo"[195], a realização de acordos tendo como objeto a própria relação processual (ou o procedimento que a reveste) era alheia à cultura processual sob a égide do CPC/1973[196]. Apesar disso, mesmo no Código revogado já existiam artigos que dispunham acerca da convenção para reduzir ou prorrogar prazo dilatório (art. 181), da

---

[192]Convém lembrar que as partes já se encontram vinculadas ao acordo envolvendo a relação jurídica de direito material desde a sua celebração, não se permitindo retrocessos a partir então. A homologação judicial somente é necessária para a produção dos efeitos processuais. Veja-se o que diz Fredie Didier acerca desse ato do juiz: "Convém lembrar, também, que somente poderá ser homologada a autocomposição se a situação jurídica litigiosa a permitir. Para proceder à homologação, o órgão deverá verificar se a própria autocomposição é possível, se não há colusão ou simulação das partes (art. 142 do CPC) e se os advogados têm poder especial para tanto (art. 105 do CPC). A homologação judicial do ato das partes tem basicamente dupla função: a) pôr fim ao processo; b) possibilitar a formação de coisa julgada" (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed., Salvador: Juspodivm, 2018. p. 841-842).

[193]RODRIGUES, Marco Antonio. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. São Paulo: Atlas, 2017.p. 336.

[194] RODRIGUES, Marco Antonio. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. São Paulo: Atlas, 2017.p. 336.

[195] Sobre o tema, v. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 164, p. 29-56, out./2008.

[196] O assunto, porém, não escapou a José Carlos Barbosa Moreira, que, no já longínquo ano de 1983, destacava: "ao contrário do que ocorre noutros países – sobretudo na Alemanha –, não só inexistem trabalhos monográficos a tal respeito, mas também se mostra escassa a atenção que lhe dedicam os expositores do nosso ordenamento e os Comentadores do Código de Processo Civil". Não obstante, constatou o autor que "não são tão raras, entretanto, as disposições legais que aludem a atos dessa natureza" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das Partes sobre matéria processual, **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, n. 40, p. 81, out.-dez./1983. Rio de Janeiro: Forense, 1983.).

suspensão convencional do processo (art. 265, II) e da distribuição convencional do ônus probatório (art. 333, Parágrafo único).

Felizmente, essa lacuna já faz parte da história. A par do atual art. 200 (reproduzindo, praticamente *ipsis litteris*, o art. 158 do CPC revogado) e de algumas disposições esparsas sobre acordos processuais típicos (v.g., nos arts. 63 e 191), o CPC em vigor trouxe, no seu art. 190, uma cláusula geral permissiva da celebração de convenções processuais. Esse artigo autoriza as partes a estipular "mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa", além de dispor "sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo", desde que os direitos materiais em jogo "admitam autocomposição".

Destarte, pode-se dizer que os acordos processuais promovem uma flexibilização procedimental por vontade das partes[197], prescindindo de uma intermediação legislativa. A flexibilização do procedimento – exprimida, por exemplo, no princípio da adequação formal português (art. 265º-A do CPC daquele país[198]) –evita, "tanto quanto possível, que as formas sejam um embaraço e um obstáculo à plena consecução do escopo do processo, impedindo que a cega observância da forma sufoque a substância do direito"[199].

Note-se que, outrora, era comum condicionar a flexibilização do procedimento à autorização legislativa, dada a inserção do Direito Processual como ramo do Direito Público. Essa nova visão dos acordos processuais como mecanismo de flexibilização procedimental insere-se dentro de uma mudança de paradigma no Direito Processual mundial[200], que é

---

[197]A flexibilização procedimental voluntária permite à parte "eleger o procedimento ou ato processual da série que seja mais adequado à tutela do seu direito" (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2007. p. 235).

[198]ARTIGO 265.º-A Princípio da adequação formal. Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

[199] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 139.In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 259.

[200] Esse giro metodológico é relatado por Remo Caponi: "A relação de tensão entre acordos de partes e processo, entre autonomia privada e disciplina do instrumento institucional de composição das controvérsias, não é um dado inscrito na natureza das coisas, mas sim um fenômeno historicamente condicionado por dois fatores. O primeiro fator se coloca no plano da história dos fatos: o desenho do Estado moderno entre o século XVII e o século XVIII, de se apropriar da função de fazer justiça e de reivindicar para si o monopólio da legislação em matéria processual, na tentativa de remediar a degeneração do processo romano-canônico. Este propósito marginaliza uma dimensão de Justiça não estatal, produzida em um processo – o *ordo iudiciarius* medieval -, cujos princípios provêm das regras da retórica e da ética, elaboradas, portanto, pela mesma comunidade a que pertencem os protagonistas do processo. O segundo fator se coloca no plano da história do pensamento jurídico. A origem é um verdadeiro e próprio terremoto ideal, que teve seu epicentro na Alemanha na metade do século XIX e que conduz, em poucas décadas, a uma mudança de natureza da reflexão sobre a proteção judiciária dos direitos a respeito de sua fundação jusnaturalista: o abandono do leito do *ius privatum* e a clara escolha em favor da colocação do Direito Processual Civil no *ius publicum*. (...) A direção de marcha é no sentido de uma equilibrada extensão da incidência da autonomia privada na conformação do processo, nos limites em que isto

evidenciada pela constatação de que também existem acordos no âmbito do Direito Público (caso contrário, não existiriam, por exemplo, os contratos administrativos)[201]. A virtude dessa virada processual foi, portanto, reformular "a clássica visão do processo, em que a flexibilização procedimental é restrita à atividade legislativa e no qual a figura estatal, representada pelo Estado-juiz, atua de modo assimétrico às partes, em posição de permanente preponderância"[202].

Tal perspectiva foi absorvida pelo CPC brasileiro, especialmente em virtude da ascensão normativa do princípio da cooperação (art. 6º do CPC). Com efeito, "a consagração do princípio da cooperação (art. 6º) relaciona-se com o fenômeno da valorização da autonomia da vontade no processo"[203]. É daí que se extrai um princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo civil[204], corolário da liberdade das partes, que permite a celebração de acordos processuais tendo como objeto os próprios atos processuais[205].

---

não obstaculize a eficiência do processo em relação ao escopo da justa composição da controvérsia" (CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. XIII, p. 735-736, jan.-jun./2014).

[201]Essa peculiaridade também foi notada por Antonio Cabral: "Atualmente, ao mesmo tempo em que, no direito privado, afirma-se a constante inserção de valores publicistas, admite-se que o contrato e o acordo também passaram a ser figuras do direito público. Friedrich Carl von Savigny, há mais de 150 anos, já afirmava que o contrato era um instrumento presente no direito público e no direito internacional. De fato, há mais de um século que a contratualização é um fenômeno que escapou da seara do direito privado e ingressou também em campos publicistas, trazendo para estes foros mecanismos de cooperação entre Estado e indivíduo na produção normativa. Hoje é patente que a conduta pública (em geral, e não apenas no processo) está contratualizada, mesmo no direito do Estado (p. ex., no campo das relações administrativas) e no direito do trabalho, espaços onde sempre se concebeu haver forte intervenção pública e restrições à autonomia da vontade" (CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.).**Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Brasília: ESMPU, 2016. v. 1. p. 152-153).

[202] RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 143.

[203] CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 190. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 322.

[204] Tal princípio é assim definido por Fredie Didier Jr.: "O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade" (DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 57, p. 170, jul.-set./2015).

[205] Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi defendem a existência de um microssistema de proteção do exercício livre da vontade no processo, "evidenciado pelo prestígio normativo à autocomposição (art. 3º, §§2º e 3º, CPC/15), aos atos cooperativos (arts. 5º e 6º, CPC/15), à arbitragem (art. 31, Lei 9.307/96), a diversos negócios jurídicos processuais típicos (*v.g.*, cláusula de eleição de foro, calendário processual, renúncia ao prazo, acordo para suspensão do processo, organização consensual do processo, adiamento negociado da audiência, convenção sobre ônus da prova, escolha consensual do perito etc.) e com a previsão expressa de uma cláusula geral de negociação processual (atípica) no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015" (RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação

Vale enfatizar que o atual art. 139, VI, do CPC, permite que haja uma forma de flexibilização procedimental judicial. Todavia, mesmo na ausência dessa regra na época do Código revogado, o Superior Tribunal de Justiça já admitia a flexibilização do procedimento por pronunciamento do juiz[206]. Com efeito, no REsp 1.610.860, o STJ enfrentou a possibilidade de prorrogação do *stay period* na recuperação judicial (ou seja, do período de suspensão das execuções dirigidas contra a sociedade recuperanda). Nesse julgado, a Min. Nancy Andrighi registrou que, apesar da proibição contida no art. 6º, §4°, da Lei nº 11.101/2005, seria possível flexibilizar o procedimento para dilatar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, de acordo com "as circunstâncias subjacentes a cada caso"[207]. Se assim o é, e se no ambiente comparticipativo o juiz não está acima das partes, com igual razão deve-se admitir a flexibilização voluntária.

É evidente que um procedimento predeterminado na lei é fator de segurança jurídica e de previsibilidade[208]. No entanto, também é verdade que de nada adianta segui-lo, se ele é incapaz, na prática, de produzir o resultado esperado pelo direito material. Por conseguinte, "o procedimento pode excepcionalmente vir a ser flexibilizado, como meio para que o devido processo legal cumpra sua finalidade de promover um processo justo e adequado aos jurisdicionados"[209]. Isso porque, na verdade, embora sempre se possa traçar um procedimento

---

de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 144).

[206]Já na época do CPC/1973, podia o juiz "nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias", ressalvada a hipótese de calamidade pública (art. 182, *caput* e Parágrafo único, do CPC revogado). Por fim, em caso de perda do prazo, o juiz podia permitir à parte, mediante comprovação de justa causa, "a prática do ato no prazo que lhe assinar" (art. 183, §2º, do CPC/1973). A distinção, portanto, é de grau: enquanto o CPC/1973 não possuía uma regra geral de flexibilização do procedimento, o novo Código tratou de preencher essa lacuna.

[207] STJ, REsp 1.610.860, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j em 13 dez. 2016, DJe 19 dez. 2016.

[208] Assim explica Fernando Gajardoni: "No Brasil, de todos aqueles que se dedicaram ao estudo da forma procedimental, nenhum deles o fez com mais dedicação do que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. De acordo com o estudioso gaúcho, entre as funções do formalismo estaria a de emprestar previsibilidade ao procedimento e de disciplinar o poder do juiz, atuando como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado. Ainda de acordo com ele, as regras procedimentais, para cumprirem seu papel eminentemente garantista, devem ser rígidas, pois a 'a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes, além de risco à celeridade'" (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2007. p. 98-99.

[209] RODRIGUES, Marco Antonio. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.p. 151.

seguro em abstrato, "um procedimento eficiente é inconcebível *a priori*: a eficiência resulta de um juízo *a posteriori*, como se disse, sempre retrospectivo"[210].

2.1.2 O controle dos acordos processuais pelo juiz

Quando as partes celebram um acordo processual, cabe ao magistrado verificar, antes de admitir sua aplicação, se estão preenchidos os seus pressupostos de existência e requisitos de validade. Com efeito, como qualquer ato jurídico, a existência de um acordo processual pressupõe manifestação de vontade, objeto e formalização[211]. Além disso, para que seja válido, o negócio jurídico processual requer partes capazes; objeto lícito, possível e determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, I a III, do CC)[212]. Ainda no plano da validade, tais avenças não podem apresentar qualquer dos vícios que decorram da sua disciplina jurídica em particular, ou os defeitos que são inerentes ao gênero[213]. Assim, aplicando-se o art. 171, II, do CC, são anuláveis os acordos processuais eivados de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. Além disso, são nulos os pactos sobre os quais incida alguma das hipóteses previstas nos arts. 166 e 167 do CC.

Sempre que praticados no processo, esses atos devem obedecer ao regime previsto na lei processual; e sempre tiverem como objeto a relação jurídica de direito material – como uma transação –, eles devem atender também às regras de direito material[214]. Nessa linha, ao

---

[210] PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do Direito Processual Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 16, p. 314, jul.-dez./2015.

[211] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I. p. 648-649.

[212] Este é o teor do Enunciado 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "(art. 190; art. 104, Código Civil) A validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei".

[213] Nesse sentido, sobre as convenções processuais, cf. o Enunciado n. 132 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190".

[214] Esse é o entendimento de Leonardo Greco: "A meu ver, todo ato do processo, ou seja, todo ato que seja praticado na relação processual, como seu elemento integrante, deve observar a capacidade do sujeito, o conteúdo e a forma prescritos pela própria lei processual. O direito processual tem as suas próprias regras. Ainda que esses atos produzam efeitos de direito material, sua subordinação ao regime processual é inerente à sua natureza processual. Entretanto, cabe considerar que há atos do processo que possuem conteúdo de direito material, como uma transação. Se celebrada por meio de ato processual, deverá observar em todos os seus elementos o direito processual, mas também, quanto ao conteúdo ou objeto, o direito material de regência da respectiva relação jurídica" (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In:

homologar os acordos processuais envolvendo a relação jurídica de direito material, deve o juiz observar determinados parâmetros relacionados aos aspectos subjetivos e objetivos da avença. Esses parâmetros seriam os seguintes: (*i*) validade da declaração de vontade dirigida a alguma das hipóteses abarcadas pelo art. 487, II, *b*, do CPC: (*ii*) se as partes possuem capacidade processual, aí englobada a capacidade para ser parte, a capacidade para estar em juízo e a capacidade postulatória; e (*iii*) se é admitida a autocomposição[215].

No que concerne aos acordos processuais sobre a relação jurídica processual, estes prescindem, como regra, de homologação judicial para que produzam seus efeitos. Note-se, nessa linha, que o *caput* do art. 190 do CPC não exige a homologação judicial para que seja reconhecida a existência, validade ou eficácia das convenções processuais. Desta forma, esse ato suplementar somente é exigido quando a lei o impuser[216]. Isso, por outro lado, naturalmente, não significa que os acordos processuais sejam absolutamente infensos a qualquer tipo de supervisão pelo julgador: nos termos do art. 190, Parágrafo único, do CPC, compete ao juiz controlar "a validade das convenções previstas neste artigo"[217].

Quanto ao concurso de vontade do magistrado para a formação do acordo processual, não parece haver maiores dúvidas a respeito da sua desnecessidade em relação ao acordo que verse sobre a relação jurídica de direito material, já que o juiz dela não é parte. No que concerne aos acordos que digam respeito à relação jurídica processual, a convergência da vontade do juiz somente deve ser imperativa nas hipóteses em que sejam subtraídos seus poderes, criados deveres, ou quando houver expressa previsão legal[218]. O exemplo mais

---

MEDINA, José Miguel Garcia et al. (org.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 294).

[215] Em sentido análogo são os parâmetros estabelecidos por Cândido Rangel Dinamarco: "a) se realmente houve um reconhecimento, transação ou renúncia; b) se a matéria comporta ato de disposição (CC, art. 841); c) se os contratantes são titulares do direito do qual dispõem total ou parcialmente; d) se são capazes de transigir; e) se estão adequadamente representados" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. v. III. p. 266-267).

[216]Nesse mesmo sentido segue o Enunciado 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial".

[217]Após apontar o dever do juiz de incentivar o uso de instrumentos autocompositivos, Antonio Cabral aponta uma segunda função do magistrado no que concerne às convenções processuais: "A segunda e principal tarefa do juiz no que tange aos acordos processuais é a função de controle ou fiscalização. O magistrado deverá analisar a validade das convenções processuais, controlando a extensão em que a vontade das partes pode modificar o procedimento estatal. Lembremos, como se afirmou no Cap.3, que a vontade das partes só pode eficazmente operar a regulação do procedimento no espaço onde não houver limites à flexibilização formal. Caberá ao juiz velar pelos interesses públicos, evitando que os acordos avancem em uma seara inadmissível à autonomia das partes" (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 257/258).

[218]A questão está longe de ser pacífica. Diogo Assumpção Rezende de Almeida, ao tratar do calendário processual, afirma que "como o calendário inclui atos processuais judiciais, a aceitação pelo juiz é

emblemático dessa situação é o calendário processual previsto no art. 191 do CPC, o qual impõe a participação do magistrado em decorrência do seu comprometimento para com os prazos ali estabelecidos, lado a lado com as partes.

Outra decorrência lógica da sua natureza jurídica é a sujeição dos acordos processuais aos influxos do princípio da boa-fé, nos termos do art. 5º do CPC. A boa-fé, tanto no âmbito do direito material[219] quanto no campo processual[220], deve ser avaliada na sua perspectiva objetiva, ou seja, a partir de um arquétipo padrão que se espera dos participantes do processo. Com base nisso, o princípio da boa-fé desdobra-se em diversos outros deveres implícitos, tais como a impossibilidade de se exigir obrigação por si próprio descumprida (*tu quoque*) e a proibição de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*)[221].

Há, ainda, obrigações que a lei extrai expressamente do princípio da boa-fé, como pauta de conduta para as partes, seus procuradores e todos os que, de qualquer forma, participam do processo. Veja-se, a propósito, os incisos do art. 77 do CPC. Para além disso, as partes e intervenientes possuem uma responsabilidade pela litigância de má-fé, nos termos dos arts. 79 a 81 do CPC. Especificamente em relação aos acordos processuais, vale recordar que, se constatado que eles estão sendo utilizados com finalidade dissimuladora ou ilícita, deve o magistrado fazer incidir o art. 142 do CPC, proferindo "decisão que impeça os objetivos das partes" e "aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé".

O princípio da cooperação, previsto no art. 6º do CPC, também ganha importância nesse terreno. Esse princípio, embora não proíba os litigantes de defenderem os seus

---

imprescindível, não somente como órgão fiscalizador, mas também, nesse caso, com um próprio contratante do acordo processual" (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr, 2015, p. 2013). Transpondo-se a mesma lógica para os demais acordos processuais, chega-se à conclusão de que é o comprometimento dos poderes e deveres do juiz – para além, é claro, de eventual imposição legal – a justificativa para a sua integração como parte do pacto. Antonio Cabral, por outro lado, afirma textualmente que "o magistrado não pode ser considerado parte nas convenções processuais" (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 257/258). De maneira coerente com essa premissa, este último autor inclui o calendário processual dentre os denominados "atos conjuntos das partes, que são apresentados ao juiz para deferimento ou indeferimento" (Op. Cit., p. 255).

[219] Veja-se o teor do Enunciado nº 26 do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal: "A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes".

[220] Como bem destacado por Bruno Freire e Marcelo Mazzola, a boa-fé processual, tal qual no direito material, também se desdobra em "subjetiva" e "objetiva": a primeira ligada a um *animus* do agente, e a segunda atrelada a um padrão objetivo de conduta (FREIRE E SILVA, Bruno; MAZZOLA, Marcelo. Litigância de má-fé no novo CPC. Penalidades e questões controvertidas. Responsabilidade do advogado. **Revista de Processo**, v. 264, p. 55, fev./2017).

[221] Sobre a proibição de comportamento contraditório, nas suas múltiplas acepções, v. SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

respectivos interesses[222], destina-se a transformar o processo em uma "comunidade de trabalho" envolvendo as partes, o juiz e eventuais terceiros[223]. É isso que justifica, por exemplo, a participação colaborativa dos *amici curiae*[224]. Da mesma forma, o princípio da cooperação promove uma reformulação da atuação do juiz na relação processual, retirando-o de uma posição de assimetria e impondo-lhe deveres de lealdade, de esclarecimento, de consulta e de prevenção. Ou seja, o magistrado assume uma postura dialogal, o que favorece a construção de um processo destinado a uma solução justa, sob o ângulo do direito material[225].

Também as garantias fundamentais do processo orientam o magistrado quanto aos contornos possíveis dos acordos processuais. Nesse sentido, deve o juiz atentar para a manutenção da paridade de armas entre as partes, prevista no art. 7º do CPC: ainda que se admita a prática de atos de disposição relacionados à ampla defesa e ao contraditório, não se pode criar uma completa sujeição da parte ao seu *ex adverso*[226]. Note-se que o art. 190 do

---

[222] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos arts. 1º a 12. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 84.

[223] DIDIER JR., Fredie. Comentários aos arts. 1º a 18. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 21.

[224] CARNEIRO, op. cit., p. 84-85.

[225] Fredie Didier discorre sobre cada um desses deveres: "O órgão jurisdicional tem o dever de lealdade, de resto também consequência do princípio da boa-fé processual, conforme já examinado nos comentários ao art. 5º. O dever de esclarecimento consiste no dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas ou apressadas (SOUSA, 1997, p. 65). Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei parta esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante – convém lembrar que há hipóteses em que se confere a não advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever. O dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes. É certo que esse dever decorre do dever de motivar, que é uma das garantias processuais já consolidadas ao longo da história. O dever de motivar contém, obviamente, o dever de deixar claras as razões da decisão. Essa circunstância não impede, porém, que se veja aqui também uma concretização do princípio da cooperação. Fala-se, ainda, no dever de consulta. O dever de consulta é variante processual do dever de informar, aspecto do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. Eis o dever de consulta, expressamente consagrado no art. 10 do CPC, para cujos comentários remete-se o leitor. Tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado dever de prevenção, variante do dever de proteção. O dever de prevenção tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo" (DIDIER JR., Fredie. Comentários aos arts. 1º a 18.In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20-21).

[226] Leonardo Greco chega a afirmar, nesse ponto, que "para assegurar a efetiva paridade de armas, o juiz não pode ser um simples espectador indiferente do entrechoque dos litigantes, incumbindo-lhe o dever de suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela

CPC apenas permite que autor e réu convencionem sobre os seus próprios ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, e não sobre o dever do juiz de zelar pela igualdade de tratamento, imposto pelo art. 139, I, do CPC. O princípio do contraditório impõe uma igualdade de oportunidades, que não pode conviver com cláusulas puramente potestativas, inclusive vedadas pelo art. 122 do Código Civil[227].

De maneira mais ampla, outras garantias constitucionais ou legais também acabam produzindo reflexos sobre os acordos processuais. Desta feita, havendo expressa proibição no ordenamento jurídico, ensejadora de nulidade absoluta decretável *ex officio*, deve o julgador recusar cumprimento à cláusula que a desrespeite. Um exemplo desses limites, extraído da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, é o da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial[228].

No que diz respeito à eficácia do acordo processual, não obstante o silêncio do CPC, parece perfeitamente possível a aplicação da chamada "teoria da imprevisão", contida nos arts. 478 e 479 do Código Civil. De acordo com essa teoria, o juiz poderá intervir no negócio jurídico "quando um elemento surpresa, uma circunstância nova, surja no curso do contrato, colocando em situação de extrema dificuldade um dos contratantes, isto é, ocasionando uma excessiva onerosidade em sua prestação"[229]. Embora tal construção tenha sido desenvolvida no âmbito do Direito Civil, o mesmo raciocínio vale para os acordos processuais: se um fato imprevisível tornar excessivamente oneroso o cumprimento da avença por uma das partes, deve haver a interferência do juízo para restabelecer o seu equilíbrio ou para resolver o contrato.

Ainda no que concerne à resolução do acordo processual, há, na verdade, variadas situações em que ela poderá ter lugar. Com efeito, o negócio jurídico deixará de existir caso

---

jurisdicional dos seus interesses. Essa intervenção equalizadora é particularmente importante quando entre as partes exista relação fática de subordinação ou dependência, como nas relações de família, de trabalho, de consumo". (GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 24, p. 76, mar./2005).

[227]Caio Mário da Silva Pereira esclarece o que seriam as cláusulas puramente (ou meramente) potestativas: "A lei destaca dentre as condições que invalidam o negócio aquela que o sujeita ao arbítrio exclusivo de uma das partes (art. 122). É a chamada condição potestativa pura, que põe todo o efeito da declaração de vontade na dependência do exclusivo arbítrio daquele a quem o negócio interessa: o *si volami,* ou *si volueris*, dos exemplos clássicos ("dar-te-ei 100 se eu quiser" ou "dar-me-ás 100 se quiseres") é uma cláusula que nega o próprio negócio. Não há, com efeito, emissão válida de vontade, e a rigor não há mesmo emissão nenhuma, desde que fique o negócio na dependência de lhe atribuir ou não o interessado qualquer eficácia" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I, p. 574).

[228]RE 605.709, Primeira Turma, Red. p/ acórdão Min. Rosa Weber, j. em 12 jun. 2018 (acórdão pendente de publicação).

[229] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.p. 478.

seu cumprimento revele-se materialmente impossível, ou caso a exceção de contrato não cumprido (arts. 476 e 477 do CC) esteja impedindo a marcha processual. No que concerne ao distrato (arts. 472 e 473 do CC), ele jamais atingirá os atos já praticados, em atenção à regra do *tempus regit actum* e à proteção ao ato jurídico perfeito, e não poderá ser realizado caso a convenção processual tenha sido anteriormente homologada pelo juízo. Por fim, é perfeitamente viável que haja a deflagração de cláusula resolutiva eventualmente prevista no negócio, nos termos dos arts. 474 e 475 do CC.

Seja como for, é importante recordar que eventual nulidade do acordo somente atingirá a parte viciada, e não necessariamente a sua totalidade. Essa conclusão é decorrência lógica tanto do brocardo *utile per inutile non vitiatur*, quanto da aplicação do art. 283, *caput*, do CPC. Em qualquer hipótese, caso seja anulado ou resolvido o negócio jurídico, inexistente disposição diversa, aplicar-se-á a disciplina genérica prevista no Código de Processo Civil. Em suma: as disposições do CPC, por óbvio, não serão definitivamente afastadas, funcionando como um regime subsidiário ao estabelecido pela vontade das partes.

2.2 **Acordos processuais com a Fazenda Pública**

2.2.1 Do dogma da indisponibilidade do interesse público à existência de direitos passíveis de autocomposição

Apesar das expressas disposições legais acima mencionadas, ainda pairam algumas dúvidas acerca da possibilidade de celebração de acordos processuais pela Fazenda Pública, assim entendidas "todas as pessoas de direito público componentes da Administração"[230]. Esses questionamentos, em geral, decorrem do axioma da "indisponibilidade do interesse público", a partir do qual seria extraída a impossibilidade de o Estado estabelecer uma tratativa válida no âmbito da relação processual, ou que sobre ela produza algum efeito. Essa percepção, porém, colide tanto com a prática forense, quanto com os avanços teóricos envolvendo a consensualidade em demandas nas quais estão presentes as pessoas jurídicas de direito público.

[230] RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.03.

A indisponibilidade do interesse público é uma das pedras de toque do Direito Público no Brasil. O interesse público poderia ser definido, nessa seara, como "a dimensão pública dos interesses individuais"[231]. Sendo assim, "a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis"[232]. Dessa forma, caberia aos agentes públicos "apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que predispuser a *intentio legis*"[233].

No plano processual, a indisponibilidade do interesse público é corroborada por diversos empecilhos criados pelo ordenamento jurídico para a disponibilidade indireta de direitos pelo advogado público. Assim, *v.g.*, não incide o efeito material da revelia quando "o litígio versar sobre direitos indisponíveis" (art. 345, II, do CPC). Na mesma esteira, o art. 496 do CPC prevê a remessa necessária dos autos à instância superior, independentemente de recurso, quando a sentença for "proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público", ressalvadas as hipóteses previstas nos §§3º e 4º do mesmo dispositivo. Essa mesma lógica poderia, em tese, impedir qualquer acordo processual em demandas nas quais a Fazenda Pública seja parte.

Não é isso que ocorre, contudo. As soluções consensuais podem, elas mesmas, representar a melhor forma de se atender ao interesse público, que pode ser atingido por diversos meios e não apenas através de um único caminho. Negociar esses meios é diferente de simplesmente renunciar, unilateralmente, ao direito subjetivo. Conforme destacado por Marco Antonio Rodrigues, "os meios de se atingir a tutela ao interesse da coletividade são disponíveis e se encontram numa esfera de escolha justificada pelo administrador, que tem o poder-dever de buscar o melhor método para atingi-lo"[234].

Em outras palavras, uma decisão judicial condenatória não é o único mecanismo apto a assegurar a consecução do interesse público: ainda que se admita que o Estado, em determinadas circunstâncias, litiga em defesa de direitos indisponíveis, é certo que existem

---

[231]BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 58.
[232]Ibid., p. 70.
[233]Ibid., p. 71.
[234] RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 369-370.

várias formas distintas de concretizá-los. Portanto, há, no mais das vezes, alguma margem para a autocomposição, desde que o direito em xeque não seja completamente esvaziado[235].

Além disso, a legislação contém diversos instrumentos que permitem a celebração de acordos envolvendo a Fazenda Pública em busca de uma solução consensual com os particulares, inclusive em processos sancionadores. Citem-se, como exemplos, os artigos 11, §5º, da Lei nº 6.395/1976 (termo de compromisso no mercado de capitais); 85 e 86, da Lei nº 12.529/2011 (termo de compromisso de cessação e acordo de leniência, respectivamente, nas infrações à ordem econômica); 16 e 17, da Lei nº 12.846/2013 (acordo de leniência anticorrupção); e 79-A, da Lei nº 9.605/1998 (termo de compromisso ambiental).

De mais a mais, a autoexecutoriedade dos atos administrativos permitiria até mesmo uma solução extrajudicial para a grande maioria dos conflitos. Com efeito, a Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal) admite que o particular, ao visualizar que não tem razão, desista total ou parcialmente do seu pedido ou renuncie a direito disponível (art. 51). Também é possível, por outro lado, que a própria Administração Pública, convencida da ilegalidade do seu ato, anule-o, no exercício da autotutela (art. 53). Essas providências prescindiriam da intervenção jurisdicional, que, consequentemente, não é necessária, como regra, nas relações de Direito Público[236].

Fica claro, por todos esses motivos, que a indisponibilidade do interesse público impede apenas a sua renúncia, e não a celebração de acordos processuais. Em outras palavras, o Poder Público não pode, dispensando a respectiva autorização legislativa, simplesmente renunciar *tout court* a um direito seu que reconhece como violado, sem obter qualquer contrapartida do *ex adverso*. Tendo isso em vista, o Fórum Permanente de Processualistas Civis aprovou um enunciado ressaltando que a "indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual"[237].

Dessa forma, se é viável a celebração de acordos processuais, é necessário desenvolver um novo parâmetro para guiar a possibilidade de a Fazenda Pública participar (ou não) de um

---

[235] Como bem esclarecido por Antonio do Passo Cabral, "a indisponibilidade sobre o direito material não leva necessariamente à indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais, até porque a convenção processual pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade". (CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In:. RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Brasília: ESMPU, 2016. v. 1. p. 164).

[236] Nesse sentido, v. TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo**, v. 128, out./2005.

[237] Enunciado n. 135, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

negócio jurídico dessa natureza. Esse novo parâmetro deve ser a presença de um direito que admita autocomposição. Esse foi, por exemplo, o requisito estabelecido no art. 334, §4º, II, do CPC, para dispensar a audiência de conciliação e mediação. O mesmo critério foi utilizado no art. 190, do CPC, para autorizar a celebração de convenções processuais. Essa mudança de paradigma, porém, deixa em aberto a seguinte questão: quais são, afinal, os direitos passíveis de autocomposição para o Poder Público?

Uma tentativa de resposta está na divisão do interesse público entre "primário" e "secundário". O primeiro seria "a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social", enquanto o segundo "pode ser identificado com o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas"[238]. Assim, os direitos meramente patrimoniais do Estado seriam passíveis de negociação, enquanto os demais, não. Com base nessa dicotomia seria possível, ainda, o estabelecimento de uma supremacia do interesse público sobre o privado.

Essa diferenciação, todavia, é objeto de várias críticas. Em primeiro lugar, não é possível seccionar completamente direitos meramente patrimoniais das finalidades que justificam a própria existência do Estado – já que, sem dinheiro, é impossível que ele atinja os seus escopos de maneira satisfatória[239]. É uma ilusão achar que os direitos providos pelo Estado "nascem em árvores". As prestações relacionadas aos direitos sociais envolvem, naturalmente, o dispêndio de dinheiro público. Até mesmo a garantia de direitos individuais (a exemplo da segurança pública) exige a mobilização de um aparato (nesse caso, a manutenção de uma força policial), cujo custo não é desprezível[240].

---

[238] BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. xiii.

[239] Não é outro o entendimento de Marco Antonio Rodrigues acerca do tema: "No entanto, a divisão do interesse público em primário e secundário não se afigura adequada, tendo em vista que interesses patrimoniais do Estado não parecem poder ser dissociados dos interesses da coletividade, como se realmente fossem categorias estanques. Ambos atuam em conjunto, no sentido de que a proteção a um também promove o outro. Assim, a satisfação de um interesse arrecadatório estatal, por exemplo, não é apenas de relevância da própria pessoa jurídica de direito público; tal benefício acaba por se reverter em prol da própria coletividade, já que tais valores poderão ser utilizados para promoção de políticas públicas que devem ser empreendidas pela Administração como interesses primários" (RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 07-08).

[240] Assim em GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p. 226: "Consoante já observado, enquanto na esfera privada talvez fosse possível caracterizar uma obrigação ou dever como totalmente negativo – notadamente na análise de uma relação jurídica una (simples), no sentido de que impede a ação ou mesmo impõe a abstenção total do indivíduo, no caso da atividade do Estado, as obrigações e deveres de natureza pública são sempre complexas e constantes, sejam ativas ou positivas, implicando necessariamente custos, sendo a utilização de exemplos tomados ao direito privado manifestamente inadequada, *data venia*. O eventual omitir-se, para o Estado, também custa dinheiro. (...) Para exemplificar, seja consentido voltar ainda uma vez ao direito de propriedade. Em sua faceta estritamente

Além disso, essa dissociação é insuficiente para refletir o fato de que a atividade estatal muitas vezes reúne uma sequência de atos administrativos interconectados, e não uma única conduta isolada. Basta pensar nas políticas públicas, que compreendem não apenas obrigações de pagar quantia, mas também obrigações de dar, fazer ou não fazer, afetando direitos de natureza extrapatrimonial e metaindividual. Nessas circunstâncias, pretender verificar a natureza do interesse envolvido na prática de um único ato seria uma excessiva simplificação da função administrativa, podendo levar a resultados equivocados.

Sendo assim, embora a existência de direitos de natureza patrimonial possa servir de termômetro para aferição da (im)possibilidade de transação, não existe um critério normativo seguro que permita a distinção de "interesses públicos" a ponto de separá-los entre disponíveis e indisponíveis. A rigor, quando a lei não franqueia ao administrador uma escolha discricionária, deve-se reconhecer que a vinculação da Administração ocorre em relação a princípios, conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, tornando a possibilidade de transação, na verdade, uma questão de ponderação[241].

Com efeito, ressalvados as hipóteses em que há uma clara proibição na lei ou na Constituição[242], o interesse público será necessariamente depurado através de um juízo de ponderação dos princípios envolvidos em cada caso concreto[243]. E, nesse processo ponderativo, pode-se concluir que o interesse público está, precisamente, na celebração de um acordo[244]. Em casos que tais, os princípios prestigiados pelo acordo – tais como a celeridade processual, a efetividade da jurisdição e aqueles que informam o próprio direito subjetivo

---

privada, e de acordo com determinada orientação, o aludido direito talvez até seja meramente negativo (sendo bastante discutível a possibilidade de cisão das 'faces' de um direito em público e privado). O mesmo direito de propriedade, em sua face pública, impõe ao Estado uma série de deveres positivos, que permitem a criação e manutenção do direito, como seja a proteção daquele direito em face do próprio Estado e dos demais particulares. Saltam aos olhos as fortes cores da inadequação dos esquemas formulados a partir de categorias privatísticas. De fato, é preciso concordar com SUSTEIN e HOLMES, para afirmar que na esfera pública inexistem direitos negativos – inexiste puro *non facere*. Todos os direitos subjetivos públicos são positivos".

[241] Para uma visão crítica da discricionariedade, com base no grau de vinculação dos atos administrativos à juridicidade, veja-se BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 224-238.

[242] É esse o caso da arbitragem, nos termos do art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/1996, como se verá na sequência.

[243] Consoante afirmado por Gustavo Binenbojm, "a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, obriga-o a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade" (Ibid., p. 105).

[244] Diversos princípios especialmente caros à administração da Justiça encontram-se expressamente indicados no art. 8º do CPC: "Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência".

tutelado (considerando-se, aí, os riscos associados à sucumbência)– serão colocados na balança em conjunto com os princípios contrapostos[245].

Enfrentando essa questão, o Supremo Tribunal Federal, no RE 253.885, Rel. Min. Ellen Gracie[246], manteve acórdão que chancelou a homologação de transação celebrada entre o Município de Santa Rita do Sapucaí e algumas servidoras públicas, que pediam o pagamento de salários retidos pela Administração. Em seu voto, seguido por unanimidade, a Ministra Relatora destacou que "há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação desse interesse". O voto condutor, com base na avaliação realizada pelas instâncias ordinárias, concluiu que seria exatamente essa a hipótese do caso concreto, em que "o acordo serviu a uma mais rápida e efetiva consecução do interesse público, não havendo, assim, que se falar em ofensa ao art. 37 da Constituição Federal".

É necessário, pois, substituir a "indisponibilidade do interesse público" pela "existência de direitos passíveis de autocomposição" como norte da consensualidade em demandas envolvendo a Fazenda Pública[247]. Essa possibilidade de autocomposição dependerá, inseparavelmente, da demonstração de atendimento ao interesse público no caso concreto, mediante um juízo de ponderação, e o nível de controle exercido pelo juiz será

---

[245] Discorrendo sobre o tema, Marco Antonio Rodrigues expõe ponto de vista análogo: "Dessa forma, apesar de o Estado ter de perseguir o interesse público, esse dificilmente pode ser definido estaticamente, pois deve ser buscado em primeiro lugar na Constituição, e eventualmente precisará de uma ponderação dos direitos previstos, a fim de verificar qual ou quais interesses representam aquilo que deve ser perseguido pelo Poder Público" (RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 09).

[246] O acórdão foi assim ementado: "EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido". (RE 253.885, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 04 jun. 2002, DJ 21 jun. 2002).

[247] Nessa linha, note-se que o próprio art. 190, caput, do CPC fala precisamente em direitos que admitam autocomposição. Ao comentar o tema das convenções processuais com a Fazenda Pública, Marco Antonio Rodrigues segue a mesma orientação: "Conforme sustentado no item anterior, a indisponibilidade do interesse público não representa a indisponibilidade da intervenção judicial no conflito de interesses que envolva a Fazenda Pública. Por isso, se o ente público se encontra em processo judicial, da mesma forma não há um óbice geral e abstrato que impeça a celebração de convenções processuais. No entanto, precisamos realizar algumas ponderações. Em primeiro lugar, viu-se que o artigo 190 prevê que os negócios processuais são passíveis de celebração quando o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição. Nesse ponto, importante recordar que, embora o interesse público seja indisponível, é possível, em princípio, a autocomposição quanto a tais direitos" (RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 373-374).

inversamente proporcional ao envolvimento de direitos meramente patrimoniais e à discricionariedade deferida ao administrador. Isso vale tanto para os acordos processuais envolvendo a relação jurídica de direito material quanto para aqueles que digam respeito à relação processual em si.

2.2.2 Especificidades dos acordos processuais com a Fazenda Pública

Superada a questão da possibilidade de celebração de acordos processuais com a Fazenda Pública– e até mesmo corroborando o que já se afirmou –, é importante ressaltar que existem previsões legais especificamente direcionadas a eles. Ganham relevo, nesse contexto, os acordos previstos nos arts. 10, da Lei nº 10.529/2001, e 8º, da Lei nº 12.153/2009, que tratam, respectivamente, dos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública. Entretanto, os acordos processuais com o Estado manifestam-se nas mais variadas áreas: de maneira semelhante ao que ocorreu em outros países[248], o Direito Processual Penal brasileiro – no qual o interesse público chega a afirmar a indisponibilidade do direito de ação[249] –, passou por uma verdadeira revolução com o instituto da transação penal, introduzido pelo art. 76 da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais)[250]. Ainda nesse âmbito, merecem destaque os

[248] Observa-se a mesma tendência nos ordenamentos italiano, espanhol e alemão, cf. CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Brasília: ESMPU, 2016. v. 1.p. 157-158.

[249]Sobre a indisponibilidade da ação penal pública, confira-se as lições de Fernando da Costa Tourinho Filho: "Pertencendo a ação penal ao Estado (salvo as exceções), segue-se que aquele a quem se atribui o seu exercício, o Ministério Público, não pode dela dispor. E, por não lhes pertencer, não podem os órgãos do Ministério Público dela desistir, transigindo ou acordando, pouco importando seja ela incondicionada ou condicionada. Entre nós, o art. 42 do CPP, às expressas, veda a desistência da ação penal pública: 'O Ministério Público não poderá desistir da ação penal'" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 168). O autor prossegue, para defender algumas hipóteses de disponibilidade, dentre as quais estão a prescrição pela pena concreta, a imprestabilidade da prova acusatória e nas infrações de menor potencial ofensivo (Loc. Cit.).

[250]A transação penal brasileira não se identifica com a *plea bargaining* norte-americana, conforme destacado por José Carlos Barbosa Moreira: "Vale a pena salientar que nem na Itália, nem no Brasil se chegou ao ponto de imitar o sistema norte-americano do *plea bargaining*. No que concerne à legislação brasileira, se quisermos buscar um símile mais adequado no ordenamento dos Estados Unidos, devemos identifica-lo no *nolo contendere*: com efeito, o acusado, ao concordar com a pena proposta pelo Ministério Público, nem por isso se reconhece culpado, e sua apenação não produz qualquer dos efeitos que teriam a culpa como pressuposto lógico: não serve de título, por exemplo, à execução civil da sentença penal, destinada a ressarcir a vítima do dano causado pelo delito (Lei nº 9.099, art. 76, §6º)" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. In: _____. **Temas de Direito Processual**, Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 239). De todo modo, tanto uma quanto a outra servem a uma política de eficiência no âmbito da Justiça Criminal. Veja-se o

dispositivos que preveem a colaboração premiada com redução da pena (*v.g.*, arts. 3º, I, e 4º, da Lei nº 12.850/2013).

Para além disso, considerando que todo e qualquer acordo processual envolvendo a Fazenda Pública exige a prática de um ato administrativo pela autoridade pública, deve-se observar a competência do agente para tal, nos termos do art. 2º, *a*, da Lei nº 4.717/1965. Assim, por exemplo, em se tratando de processo no qual uma das partes é a União ou entidade da Administração Pública Indireta federal, o art. 1º, da Lei nº 9.469/1997 prevê que a autorização para a celebração do acordo deve ser dada pelo Advogado-Geral da União (ou seu delegatário) ou pelos dirigentes da empresa pública. Note-se que, de acordo com a parte final desse artigo, tal competência abarca os acordos realizados no processo ou fora dele.

Ademais, nos termos do art. 2º, *c*, da Lei nº 4.717/1965, nenhum acordo envolvendo a Fazenda Pública poderá ser *contra legem*. Com efeito, considerando que a Administração Pública encontra-se jungida ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição) é necessário respeitar eventuais restrições pontuais, estabelecidas pelo legislador, às soluções consensuais. A transação tributária, por exemplo, requer lei autorizativa específica, conforme disposto no art. 171 do Código Tributário Nacional. Nesse contexto, é sempre lembrado o art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992, que dispõe ser vedada a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade administrativa[251].

---

comentário da Suprema Corte dos Estados Unidos acerca da *plea bargain*, em *Santobello v. New York*, 1971 (404 U.S. 257): "This record represents another example of an unfortunate lapse in orderly prosecutorial procedures, in part, no doubt, because of the enormous increase in the workload of the often understaffed prosecutor's offices. The heavy workload may well explain these episodes, but it does not excuse them. The disposition of criminal charges by agreement between the prosecutor and the accused, sometimes loosely called "plea bargaining," is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged. If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities".

[251] Afirmando a regra da possibilidade de autocomposição, Marco Antonio Rodrigues ressalva que "a exceção se dá no caso de haver previsão legal que a impeça, como é o caso da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em que o artigo 17, parágrafo 1º, da Lei n. 8.429/92 veda transação, acordo ou conciliação no âmbito da demanda em questão. Tal vedação legal, nessa hipótese, parece decorrer do fato de que se está diante de demanda relativa a processo civil sancionador, não cuidando de mera questão patrimonial" (RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 374). Em sentido diverso, Humberto Dalla e Ludmilla Vidal afirmam que "após o advento da Lei 12.846/2013 - Lei Anticorrupção - parece que a possibilidade de se relativizar a vedação constada do art. 17, § 1.º, restou ainda mais clara, dada a previsão dos acordos de leniência previstos nos arts. 16 e 17 que podem ser conferidos aos infratores do ato ilícito. Se até mesmo no campo penal existe essa margem de negociação, porque não poderia se firmar acordos sobre a mesma situação fática no âmbito cível? É certo que nem sempre o mesmo ato improbidade possa repercutir na esfera criminal do réu, contudo, caso isso aconteça, haveria a possibilidade de concessões na seara penal, mas não no juízo cível. Como se pode perceber, mesmo em tema tão sensível, os autores tendem a flexibilizar o conceito de indisponibilidade material do direito, o que vem ao encontro das considerações expostas nesse texto" (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta. **Revista de Processo**, vol. 256, jun./2016, p. 382). Assim também em CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional

Por fim, os acordos processuais integrados pela Fazenda Pública estão submetidos aos órgãos de controle interno e externo, quanto à sua legalidade, legitimidade e economicidade, nos termos do art. 70 da Constituição. Esse controle, no entanto, deve ser exercido com cautela, para que não haja um desestímulo à busca por soluções consensuais. Consoante destacado por Marco Antonio Rodrigues, é necessário "que se confie nas escolhas administrativas por meios consensuais que estejam devidamente justificadas nos princípios constitucionais da Administração e no melhor interesse público"[252]. De todo modo, a rejeição do acordo pelo órgão de controle, por si só, não é capaz de invalidá-lo: esse resultado somente poderá ser obtido através dos mecanismos previstos na legislação processual, restando a responsabilização do agente público como válvula de escape[253].

2.2.3 Acordos processuais sobre direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos

Os incisos I, II e III do Parágrafo único do art. 81 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) elencam três espécies de direitos[254] passíveis de "defesa coletiva": (*i*) difusos; (*ii*) coletivos (*stricto sensu*); e (*iii*) individuais homogêneos[255]. Essa defesa coletiva a que se refere a lei significa, em síntese, que esses direitos poderão ser protegidos através de técnicas processuais que permitam algum grau de resolução conjunta das questões de fato e de direito apresentadas, mediante sua submissão ao juízo por um único legitimado[256]. Nas

---

do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: ____; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 547, asseverando que após o advento da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) a "corregulação dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez mais, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa".

[252] RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 378.

[253] Vale lembrar, nesse contexto, que a regra do art. 184 do Código de Processo Civil reserva a responsabilidade civil do advogado público para os casos de dolo ou fraude.

[254] Embora a lei mencione "interesses" ao lado de "direitos" – e embora alguém possa ter interesses que efetivamente não revestem a forma jurídica, ou mesmo interesses que se desdobram em mais de um direito (cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir.5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19) –, não parece haver grandes implicações no intercâmbio entre os dois termos para fins de aplicação das leis que disciplinam o tema. No mesmo sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2005, p. 28. Sendo assim, será utilizado, doravante, o substantivo "direito", mais condizente com a categoria dos direitos subjetivos defendidos no âmbito dos processos estruturantes.

[255] O Parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/2009, ao tratar do mandado de segurança coletivo, caracteriza os direitos coletivos e individuais homogêneos com pequenos acréscimos em relação à Lei nº 8.078/1990, incapazes de lhe alterar o sentido.

[256] Trata-se do consectário normativo, no Brasil, da segunda das famosas "ondas do acesso à justiça" a que se referiu Mauro Cappelletti, consistente na "representação jurídica para os interesses 'difusos'". Cf.

palavras de José Carlos Barbosa Moreira, a ideia central "é a de que o litígio, embora capaz de interessar a uma pluralidade de sujeitos, possa, repito, ser levada à cognição judicial por iniciativa de uma única pessoa"[257].

É preciso, em primeiro lugar, distinguir cada um desses direitos. Os direitos difusos são, de acordo com o referido dispositivo, os de natureza transindividual e indivisível, titularizados por pessoas indeterminadas ligadas entre si por uma circunstância de fato. Já os direitos coletivos (*stricto sensu*) também possuem natureza transindividual e indivisível, mas são titularizados por um grupo, categoria ou classe, cujos membros são ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. Note-se, portanto, que a diferença entre uma espécie e outra reside no grau de (in)determinação dos seus respectivos titulares, já que a transindividualidade (ou seja, o fato de o direito não pertencer a alguém com exclusividade) e a indivisibilidade (isto é, a obrigatoriedade de ser atendido para todos os titulares indistintamente) são características comuns a ambas[258].

Por outro lado, a definição legal dos direitos individuais homogêneos, apontados como sendo aqueles "decorrentes de origem comum", é insuficiente. É preciso, portanto, delinear mais precisamente os contornos desses direitos. A nomenclatura emprestada – "individuais" – já permite aferir, por exclusão, que eles não se confundem com os direitos transindividuais. A ausência de menção à indivisibilidade também revela que é possível o seu fracionamento, "sendo factível a adoção de soluções diferenciadas para os interessados"[259]. É a nota da homogeneidade, por fim, que os caracteriza: ela é o indicativo da pertinência do tratamento

---

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant.**Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 49-67.

[257] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, v. 61, p. 187, jan./1991.

[258] Essas duas características são bem definidas por Aluisio Mendes: "O primeiro aspecto, subjetivo, diz respeito à transindividualidade, ou seja, está além do indivíduo, no sentido de que não lhe pertence com exclusividade, mas, sim a uma pluralidade de pessoas que poderão ser, conforme sejam os interesses e direitos difusos ou coletivos, respectivamente, indeterminadas ou determinadas, bem como ligadas por circunstâncias de fato ou por uma relação jurídica base. Há, portanto, identidade quanto à transindividualidade, mas distinção no que diz respeito à determinação e à natureza do vínculo ou relação entre os interessados. O segundo elemento, objetivo, é centralmente caracterizado pela indivisibilidade do interesse ou direito. A impossibilidade de separação não está afeta ao elemento subjetivo, na medida em que não se exige vínculo direto e precedente entre as pessoas afetas, até porque a presença de relação jurídica entre elas não existirá no caso dos interesses ou direitos difusos. Por outro lado, o vínculo de direito entre os interessados não constitui condição *sine qua non* para a caracterização do interesse ou direito como coletivo, em sentido estrito, na medida em que a relação pode ser tão somente com a parte contrária, nos termos da parte final do inciso II do parágrafo único do art. 81. Consequentemente, a indivisibilidade figura como qualidade do objeto que se quer buscar para a realização das necessidades, pertinentes à coletividade, ao grupo, categoria ou classe. Em termos processuais, a divisibilidade deve ser apreciada a partir dos objetos imediato e mediato do pedido formulado" (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 221-222).

[259]Ibid., p. 230.

coletivo, a partir da inconveniência da formação de litisconsórcio, da presença de afinidade de questões e da existência de utilidade predominante no tratamento coletivo[260].

Essa divisão, contudo, não é a única possível. A partir de elementos sociológicos e jurídicos, Edilson Vitorelli traça um rearranjo para os litígios passíveis de tutela coletiva, com base tanto na aferição *a posteriori* da titularidade do direito quanto na gravidade da lesão. Para tanto, o autor faz as seguintes afirmações: nem todos os titulares dos direitos sofrem o mesmo grau de lesão; a conduta impugnada pode, na verdade, estar prestigiando outros direitos contrapostos; e a complexidade da reparação dependerá do nível de conflituosidade gerado. Desta forma, a tipologia proposta abrangeria (*i*) litígios transindividuais de difusão global; (*ii*) litígios transindividuais de difusão local; e (*iii*) litígios transindividuais de difusão irradiada[261]. O grande mérito dessa abordagem é demonstrar que pode haver discrepâncias dentro de um mesmo conjunto de titulares, exigindo que todos os interesses estejam de alguma maneira representados no processo, ainda que eles sejam contrapostos.

Em segundo lugar, é importante divisar os direitos coletivos *lato sensu* dos direitos suscetíveis de defesa coletiva[262]. Os direitos coletivos em sentido amplo são aqueles que

---

[260] Esses critérios são analisados em ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 153-161.

[261] Confira-se a definição dada pelo autor para cada um desses direitos: "A primeira categoria de direitos transindividuais é dada pelas situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa. (...) Nesse sentido, nos litígios transindividuais de difusão global, o grau de conflituosidade da sociedade titular do direito é muito baixo, pois os indivíduos que a compõem são atingidos de modo uniforme pela lesão e praticamente não há interesse pessoal no conflito. (...) A segunda categoria de litígios a ser analisada, e que demanda um conceito diferente de titularidade dos direitos transindividuais, é a das lesões que atingem, de modo específico e grave, comunidades, no sentido que essa expressão tem para Ferdinand Tönnies, ou seja, grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno. É o caso das comunidades indígenas, quilombolas e demais grupos tradicionais minoritários, referidos pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. (...) A conflituosidade, nessa hipótese, é média. Por um lado, a comunidade envolvida é altamente coesa, o que lhe atribui a mesma perspectiva em relação ao litígio, e um certo fator de homogeneidade em relação ao resultado do processo. Por outro lado, a visão estereotípica de que uma comunidade indígena, pelo simples fato de pertencer à mesma etnia, tem interesses e opiniões uniformes, é equivocada. Esses grupos também têm dissidências internas, das quais resultam maiorias e minorias. (...) A última categoria de direitos transindividuais que se pretende formular é a que se relaciona ao que Rodolfo de Camargo Mancuso denominou megaconflitos. Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. (...) Essas são situações de alta conflituosidade e complexidade, nas quais há múltiplos resultados possíveis para o litígio e a sociedade titular dos direitos em questão têm interesses marcadamente variados e antagônicos quanto a seu resultado" (LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. **Revista de Processo**, v. 248, p. 222-227, out./2015).

[262] A necessidade de promover tal divisão decorre da crítica formulada por Teori Albino Zavascki: "Uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos desse novo domínio processual foi a de confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos, que trouxe a consequência, à toda evidência equivocada, de se imaginar

decorrem de litígios essencialmente coletivos, ou seja, os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*[263]. Já os direitos passíveis de proteção coletiva compreendem, além dos direitos coletivos *lato sensu*, os direitos individuais homogêneos (decorrentes de litígios acidentalmente coletivos), para os quais essa tutela coletiva está autorizada no ordenamento jurídico[264] com base em considerações ligadas ao acesso à justiça, à economia processual, à igualdade material e processual, e à obediência ao direito objetivo[265]. Essa nota demonstra a natureza estritamente processual dos direitos individuais homogêneos, pois "tratam-se de direitos individuais comuns (subjetivos ou potestativos, relativos ou absolutos, reais ou pessoais etc.) que, por alguma característica, devem merecer tratamento processual conjunto"[266].

A doutrina em peso sempre defendeu que a tutela coletiva é empreendida através de um mecanismo de legitimação extraordinária, ou seja, uma substituição processual na qual o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direito alheio (que pertence aos titulares alijados da relação processual)[267]. A legitimação extraordinária, nesse cenário, teria

---

possível conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual. A origem contemporânea e comum dos mecanismos de tutela de um e de outro desses direitos, acima referida, explica, talvez, a confusão que ainda persiste em larga escala, inclusive na lei e na jurisprudência. Com efeito, a partir do advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que introduziu mecanismo especial para a defesa coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, passou-se, não raro a considerar tal categoria de direitos, para todos os efeitos, como espécie dos direitos coletivos e difusos, lançando-os todos eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais e as fontes normativas de legitimação para a sua defesa em juízo" (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2005. p. 25-26). O referido autor distingue, a partir daí, a defesa de direitos coletivos da defesa coletiva de direitos individuais (Ibid., p. 26 e ss.).

[263] A nomenclatura é de José Carlos Barbosa Moreira: "Do ponto de vista objetivo, esses litígios a que eu chamei essencialmente coletivos distinguem-se porque o seu objeto é indivisível. Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. Não. O seu objeto é por natureza indivisível, como acontece, por exemplo, em matéria de proteção do meio ambiente matéria de defesa da flora e da fauna, em matéria de tutela dos interesses na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, espiritual da sociedade; e como acontece também, numerosas vezes, no terreno da proteção do consumidor, por exemplo, quando se trata de proibir a venda, a exploração de um produto considerado perigoso ou nocivo à saúde" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, v. 61, p. 187, jan./1991).

[264] "Como instrumento processual utilizável por uma única pessoa, seja ela um dos indivíduos que compõem a coletividade, seja uma entidade à qual se defere habilitação para litigar em prol da coletividade, num caso ou no outro, a técnica da ação coletiva, no sentido de uma ação que dispense, embora não exclua totalmente, a presença no processo de todos os co-interessados, de todos os co-titulares, essa técnica tanto pode ser usada no campo daquilo a que eu chamei os 'litígios essencialmente coletivos', como também pode ser usada no campo dos 'litígios acidentalmente coletivos'" (BARBOSA MOREIRA, loc. cit.).

[265] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 33-44.

[266] ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 142.

[267] Cf., por todos, MENDES, op. cit., p. 30 ("No caso da ação coletiva, haverá substituição processual, na medida em que a pretensão deduzida esteja vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo, bem como a

natureza autônoma (porque não está subordinada à presença de outro legitimado) e disjuntiva (porque admite um rol de outros legitimados igualmente autônomos)[268]. Especificamente em relação às associações, contudo, o Supremo Tribunal Federal, com base na literalidade do art. 5º, XXI, da CRFB/88, tem entendido que elas funcionam como representantes processuais – e não como substitutas – dos seus associados. Daí foram extraídas, *v.g.*, a necessidade de autorização expressa e a limitação do título executivo judicial aos associados indicados na petição inicial[269].

Em terceiro lugar, não obstante as diferenças acima apontadas, merece ênfase o fato de que há um conjunto comum de dispositivos que disciplina as ações dirigidas aos direitos previstos no art. 81, Parágrafo único, da Lei nº 8.078/1990. Com efeito, o art. 90 da Lei nº 8.078/1990, inserido no Título III (o mesmo em que se encontra o Capítulo que trata das "ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos") determina que serão aplicáveis às ações previstas naquele Título as normas do CPC e da Lei nº 7.347/1985, que cuida das ações civis públicas. Na mão inversa é o art. 21 desta última Lei, que prevê a aplicação do mesmo Título III da Lei nº 8.078/1990 (arts. 91-104) à ação civil pública em defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. E isso sem falar no art. 19da Lei nº 7.347/1985, que determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à ação

---

indivíduos, não pertencendo ao substituto, com exclusividade, o bem tutelado. Consequentemente, a parte substituta, composta de um ou mais litigantes, poderá pertencer à coletividade, ao grupo, à classe, à categoria ou ao conjunto de pessoas afetadas, quando legitimado o indivíduo, como na *class action* norte-americana ou ser pessoa diversa, não diretamente lesada, como no caso das associações ou do Ministério Público, tendo em vista a experiência brasileira").

[268] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 252-253. No mesmo sentido, cf. FARIAS, Bianca Oliveira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei de ação civil pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. IV, p. 54, jul.-dez./2009.

[269] V., nesse sentido, as teses firmadas no RE 573.232, Plenário, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 14 mai. 2014, DJe 19 set. 2014 ("I – A previsão estatutária genérica não é suficiente para legitimar a atuação, em Juízo, de associações na defesa de direitos dos filiados, sendo indispensável autorização expressa, ainda que deliberada em assembleia, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal; II – As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, limitada a execução aos associados apontados na inicial"); e RE 612.043, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 10 mai. 2017, DJe 06 out. 2017 ("A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento").

civil pública[270]. É possível afirmar, portanto, que há uma interseção normativa que atribui identidade à defesa coletiva[271].

Essas premissas são importantes para se assentar a possibilidade jurídica e os limites dos acordos processuais que digam respeito a direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Estritamente sob o aspecto do direito objetivo, no que concerne à relação jurídica de direito material, não restariam maiores dúvidas a respeito da celebração de acordos processuais envolvendo direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, dada a expressa previsão dos Termos (ou Compromissos) de Ajustamento de Conduta no art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985 (incluído pela Lei nº 8.078/1990). Apesar da inexistência de dispositivo similar na Lei nº 8.078/1990, a aplicação subsidiária da Lei nº 7.347/1985, já referida, permite que também existam tais avenças no que concerne aos direitos individuais homogêneos[272].

Nesse contexto, o Termo de Ajustamento de Conduta pode ser conceituado como um acordo processual firmado com o órgão público legitimado para a defesa coletiva, acerca da relação jurídica de direito material envolvendo direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, em que o agente violador compromete-se a ajustar sua conduta à legislação[273]. Humberto Dalla e Bianca Farias enfatizam, nesse contexto, que "o termo de

---

[270] Não custa lembrar que, embora a Lei nº 7.347/1985 refira-se ao Código de Processo Civil de 1973, o art. 1.046, §6º, do CPC em vigor, dispõe que "as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhe são correspondentes neste Código".

[271] Aluisio Mendes defende que a Lei nº 8.078/1990 contém um molde normativo para a defesa dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Veja-se: "O Código de Defesa do Consumidor passou a representar o modelo estrutural para as ações coletivas no Brasil, na medida em que encontra aplicabilidade não apenas para os processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas também em geral para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por determinação expressa do art. 21 das Lei nº 7.347/1985, acrescentado em razão do art. 117 da Lei 8.078/1990. Regulou, assim, o Código do Consumidor, os aspectos mais importantes da tutela jurisdicional coletiva, desde a problemática da competência e da legitimação até a da execução, passando pela coisa julgada e seus efeitos, além da questão da litispendência e das não menos importantes definições conceituais pertinentes aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos" (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 204).

[272] No mesmo sentido, Humberto Dalla e Bianca Farias: "Assim, o termo de ajustamento de conduta, já previsto no artigo 211 da lei 8069/90, passa a ser regulamentado nos termos do artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor, instrumento que veio a introduzir o parágrafo 6º no artigo 5º da Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública), pelo que a nova disposição passou a ser aplicável aos direitos coletivos *lato sensu*, ou seja, aos direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos, considerada a norma do artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou o artigo 21 à Lei da Ação Civil Pública" (FARIAS, Bianca Oliveira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei de ação civil pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. IV, p. 33,jul.-dez./2009).

[273] José dos Santos Carvalho Filho, embora negue utilização à nomenclatura "acordo", conceitua o Termo de Ajustamento de Conduta "como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 222).

ajustamento de conduta surge em momento de redemocratização das instituições e de radical mudança ideológica por parte dos operadores do Direito"[274], já que as ferramentas ordinárias existentes até então eram insuficientes para viabilizar a negociação relacionada àqueles direitos.

Não há, é bem verdade, consenso sobre se o Termo de Ajustamento de Conduta seria ou não uma forma de transação. Diante do fato de que os legitimados para a tutela coletiva não se identificam (pelo menos em termos absolutos) com os titulares do direito subjetivo, a doutrina costuma distanciá-lo da transação[275]. Por outro lado, a negociação relativa aos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos também admite algumas concessões, notadamente em relação ao tempo e modo de implementá-los. Em outras palavras, tanto o conteúdo das obrigações assumidas quanto o ritmo de adimplemento possuem uma certa margem de conformação – mesmo porque sujeitos a diversos outros fatores externos (tais como à eventual especificidade da legislação, à capacidade financeira do réu etc.). Assim, aplicando-se a lógica geral dos acordos envolvendo a Fazenda Pública, embora indisponível o direito, é possível transigir sobre como ele será atendido[276].

Se assim o é, com muito mais razão serão possíveis os acordos processuais que têm como objeto a relação jurídica processual que trata de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Isso porque nessa modalidade de acordo há uma interferência ainda menor sobre o direito subjetivo, tendo em vista que as suas disposições dirigem-se ao processo, ao invés de disciplinarem diretamente o direito em si – embora, inegavelmente, o desfecho da relação processual acabe delimitando o conteúdo final do próprio direito

---

[274] FARIAS; PINHO, op. cit., p. 33.

[275] Conforme sintetizado por Bianca Farias e Humberto Dalla, o TAC diferencia-se da transação porque esta última seria "instrumento destinado à tutela de direitos individuais" e "o integrante do Ministério Público ou da Defensoria Pública poderá apenas mediar o acordo, atuando como coadjuvante", enquanto no TAC "os órgãos públicos serão os personagens principais da trama, pois atuarão como partes no acordo" e "a titularidade do direito não coincide com a legitimidade para firmar o ajuste de conduta, posto que os direitos transindividuais pertencem à sociedade e não àquele que está celebrando o ajuste" (FARIAS, Bianca Oliveira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei de ação civil pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. IV, p. 35,jul.-dez./2009).

[276] No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**, v. 7, p. 65, set.-dez./2016: "Com estas observações podemos afirmar que é possível aplicar, então, por analogia, o regramento da transação aos chamados direitos coletivos (*lato sensu*), basicamente, mas não só, pelas seguintes razões, enumeradas pela doutrina: a) no momento em que se reconhece constitucionalmente a tutela dos direitos coletivos, não se pode impedir a efetivação deles, cerceando a atuação de quem por eles compete lutar, especialmente se a transação se mostrar o meio mais adequado; b) a indisponibilidade não será afetada, na medida em que visa, com a transação, a sua maior efetivação; c) a efetivação dos direitos exige sua concretização".

material[277]. Observa-se aqui, mais uma vez, a necessidade de aferição, no caso concreto, da admissibilidade do acordo processual – o qual poderia, inclusive, incrementar o grau de proteção ao direito[278].

Não se pode ignorar, por outro lado, que efetivamente há riscos envolvidos na celebração de acordos processuais no âmbito da defesa coletiva. Na ADPF 165, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal analisou o acordo coletivo firmado entre o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC e a Frente Brasileira pelos Poupadores – FEBRAPO, de um lado, e a Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN e a Confederação Nacional do Sistema Financeiro – COSIE, de outro. O referido acordo consubstanciava um denominador comum a respeito do pagamento de diferenças devidas pelos bancos em consequência dos famigerados Planos Econômicos[279]. Naquela oportunidade, o Ministro Relator realçou que as controvérsias relativas ao tema estão ligadas a acordos incapazes de reparar o dano infligido, diante da ausência de representatividade adequada dos titulares do direito subjetivo[280].

---

[277] Humberto Dalla reconhece a possibilidade de serem firmadas convenções processuais no âmbito da tutela coletiva, ao lado dos Termos de Ajustamento de Conduta: "Destaca-se, também, que a possibilidade de acordo não se restringe apenas à questão de fundo, já que é dado às partes acordar, prévia ou incidentalmente, sobre certas questões procedimentais. Inclusive, as convenções podem recair sobre os ônus, deveres, poderes e faculdades, afastando normas processuais consideradas de ordem pública, que determinariam o rito perante o Poder Judiciário" (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV, 2017. p. 173).

[278] Antonio Cabral traz, inclusive, alguns exemplos hipotéticos: "Imaginemos numa demanda em que figure um incapaz, ou numa ação coletiva: caso o MP ou outro legitimado extraordinário firme convenção processual para fixar um foro competente que seja mais eficiente para a colheita da prova ou que importe em maior proximidade geográfica com a comunidade lesada; ou um acordo para ampliar os prazos que possui para praticar atos do processo; ou uma convenção que amplie os meios de prova, ou que facilitem o acesso do incapaz à justiça. Enfim, os exemplos são inúmeros e mostram que, mesmo em processos com alguma indisponibilidade, são possíveis" (CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Brasília: ESMPU, 2016. v. 1. p. 164).

[279] ADPF 165, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 15 fev. 2018, DJe 19 fev. 2018. A decisão foi referendada em 01/03/2018 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e nos termos do voto do Min. Relator.

[280] "Devo ressaltar que acordos em ações coletivas são tipicamente controvertidos, e não apenas no Brasil. Na paradigmática experiência estadunidense, há significativas críticas a acordos coletivos que teriam sido considerados nocivos às atividades empresariais ou aos direitos das grandes coletividades, ou nos quais a participação dos interessados no procedimento é diminuta, já que são conduzidos pelos advogados. É natural e saudável, portanto, que os acordos sejam escrutinados, até mesmo como medida profilática e como expressão da atenção que merece receber um litígio de interesse público. Numa sociedade de massas, essencialmente burocratizada, os litígios de interesse público são a regra, não a exceção. São lides com natureza repetitiva, que contrapõem litigantes eventuais aos habituais, tendo por fundamento a irresignação quanto a condutas fundadas em políticas públicas ou regulatórias" (trecho da decisão monocrática do Min. Ricardo Lewandowski na ADPF 165, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 15 fev. 2018, DJe 19 fev. 2018).

2.3 **Meios adequados de solução de controvérsias com o Poder Público**

A ascensão das formas de *Alternative Dispute Resolution* corresponde a uma tentativa de superação da denominada "cultura da sentença", isto é, "a exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal, a ponto de afastar ou menosprezar o valor de outros meios de pacificar"[281]. Alguns motivos contribuíram para isso, especialmente a partir da década de 1960 nos Estados Unidos: (*i*) o aumento exponencial da litigância, gerando o congestionamento das Cortes;(*ii*) críticas relacionadas à negativa de acesso isonômico à justiça; (*iii*) o resgate da proeminência de certas lideranças locais na solução de disputas; (*iv*) a insatisfação com as respostas burocráticas dadas em todas as áreas; e (*v*) o desenvolvimento doutrinário a respeito das potencialidades de determinados procedimentos para resolver disputas particulares[282].

A tradução literal do termo *alternative*, no entanto, não é a mais apropriada para designar tais mecanismos. Em primeiro lugar, porque ela faz parecer que a via "principal" seria o Poder Judiciário, enquanto, na verdade, mecanismos como a mediação (embora não necessariamente com a formatação atual) são anteriores à criação de uma infraestrutura externa às partes. Em segundo lugar, porque o Fórum não é, e nem nunca foi, a primeira opção para a resolução de conflitos; a rigor, apenas uma fração deles bate às portas do Judiciário. Em terceiro lugar, a aplicação de um ou de outro meio de solução de controvérsias – aí incluído o meio judicial – depende da sua maior adequação ao caso concreto, demonstrando que todos eles se encontram, horizontalmente, no mesmo patamar. Por isso, parece mais afinada com os escopos desses mecanismos a utilização da expressão "meios adequados de solução de controvérsias", ao invés de "alternativos"[283].

---

[281] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I. p. 210.

[282] SANDER, Frank E. A. Alternative Methods of Dispute Resolution: an overview. **University of Florida Law Review**, v. XXXVII, n. 1, p. 02-03, 1985.

[283]Mencionando essas críticas, embora discordando da relevância da alteração sugerida para a nomenclatura, cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: Comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.p. 36-37. Defendendo que a utilização do vocábulo decorre mais da necessidade de conhecimento desses mecanismos do que da sua caracterização como alternativos à judicialização, cf. SANDER, Frank E. A. Alternative Methods of Dispute Resolution: an overview. **University of Florida Law Review**, v. XXXVII, n. 1, p. 02, 1985.

Todos esses mecanismos de solução de disputas têm como nota essencial a voluntariedade na sua escolha, ou seja, como regra a adesão a eles não pode ser imposta por um terceiro[284]. É a livre manifestação de vontade que abre o caminho para que as partes assumam a dianteira na forma como o conflito será solucionado. Isso é o que tem legitimado os meios adequados de solução de controvérsias perante o art. 5º, XXXV, da CRFB/88: tal dispositivo serviu de base para que o Supremo Tribunal Federal conferisse interpretação conforme a Constituição ao art. 625-D, e seus parágrafos, da Consolidação das Leis do Trabalho (que impunham a submissão de litígios trabalhistas a uma "Comissão de Conciliação Prévia"),assentando que estes dispositivos "não encerram obrigatória a fase administrativa, continuando os titulares de direito substancial a terem acesso imediato ao Judiciário, desprezando a fase que é a revelada pela atuação da Comissão de Conciliação Prévia"[285-286].

---

[284]Observe-se, no entanto, que a audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC é de comparecimento obrigatório, salvo se as duas partes manifestarem o desinteresse na composição ou quando a própria autocomposição foi inadmissível. Trata-se de uma mitigação dessa voluntariedade, em prol da criação de uma cultura de incorporação de tais meios adequados de solução de controvérsias à realidade dos brasileiros. Só o tempo dirá sobre a efetividade dessa escolha.

[285]ADI 2.160 MC, Plenário, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 13 mai. 2009, DJe 23 out. 2009. O acórdão da medida cautelar foi assim ementado: "JUDICIÁRIO - ACESSO - FASE ADMINISTRATIVA - CRIAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA - IMPROPRIEDADE. Ao contrário da Constituição Federal de 1967, a atual esgota as situações concretas que condicionam o ingresso em juízo à fase administrativa, não estando alcançados os conflitos subjetivos de interesse. Suspensão cautelar de preceito legal em sentido diverso". De acordo com o Informativo nº 909 do STF, em julgamento realizado no dia 01 ago. 2018, o Plenário do Supremo confirmou os termos da referida decisão neste ponto.

[286] É verdade, por outro lado, que o STF declarou válida a necessidade de prévia submissão de conflitos previdenciários à autoridade administrativa, indicando uma tendência de reconhecimento de alguma espécie de instância administrativa, ainda que passível de revisão ulterior. Confira-se: "Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo.

O mesmo não ocorreu, porém, com a convenção de arbitragem, em que, por acordo, as partes limitam a possibilidade de postulação perante o Poder Judiciário. Assim, na SE 5.206o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 41, da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), que alterou os arts. 267, VII, e 301, IX, do CPC/1973, para determinar a extinção do processo sem resolução do mérito caso exista alguma espécie de convenção de arbitragem entre os litigantes[287]. A leitura da fundamentação do acórdão revela que, ao

---

Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir" (RE 631.240, Plenário, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 03 set. 2014, DJe 10 out. 2014).

[287] Essa é a ementa do referido acórdão: "EMENTA: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de 'guarda da Constituição' - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, consequentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31)" (SE 5.206 AgR, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12 dez. 2001, DJe 30 abr. 2004).

contrário da Comissão de Conciliação Prévia, a exclusão do caminho judicial era fruto da livre manifestação de vontade das partes, ao passo que, naquela primeira hipótese, tratava-se de uma obrigação *ex lege*[288].

Os meios alternativos de solução de controvérsias criam o que se poderia chamar de um "sistema de justiça multiportas" (*multi-door courthouse system*[289]), figura que ilustra a diversidade dos meios de acesso à justiça. O acesso à justiça, assim, pode assumir diversas formas, tais como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, e não apenas a via judicial[290]. Nesse sentido, os órgãos constitucionalmente responsáveis pelo controle do Poder Judiciário e do Ministério Público editaram, respectivamente, a Resolução CNJ nº 125/2010 e a Resolução CNMP nº 118/2014[291], contendo diversas diretrizes vocacionadas para a implementação de uma cultura de absorção de alguns desses mecanismos. Na mesma linha seguiu o CPC, como se pode constatar a partir de uma simples leitura do seu art. 3º, cujo §1°

---

[288] Esse papel determinante da voluntariedade é assinalado por Cândido Dinamarco: "Aquele que participou da construção de uma solução para o litígio em que estava envolvido sente-se muito mais confortável e aliviado do que aquele ao qual o juiz impôs uma solução por ele próprio elaborada no exercício da jurisdição – e esse direcionamento de conflitos aos árbitros, conciliadores ou mediadores não implica denegação de justiça pelo Poder Judiciário nem desatenção à garantia constitucional de acesso à justiça e inafastabilidade do controle jurisdicional (Const. Art. 5º, inc. XXXV – CPC, art. 3º, *caput*) porque, como é inerente aos pilares da Justiça conciliativa, a escolha da arbitragem, conciliação ou mediação é sempre um ato de vontade das partes, livremente externada e sujeita a algumas restrições (direitos indisponíveis, etc.)" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I. p. 487). No que diz respeito especificamente ao dogma da indisponibilidade dos interesses públicos, remete-se, mais uma vez, à distinção efetuada entre direitos passíveis de autocomposição ou não.

[289] Segundo Frank Sander, a expressão surgiu de uma sugestão contida em um *paper* que ele mesmo escreveu para a Pound Conference em 1976, publicado sob o título "Varieties of Dispute Processing": "This situation led me to suggest, in a paper delivered at the Pound Conference in 1976, a more comprehensive and diverse mechanism known as a Dispute Resolution Center. This center would provide a variety of dispute resolution processes, according to the needs of the particular dispute. This concept was later termed 'the multi-door courthouse' (MDC)" (SANDER, Frank E. A. Alternative Methods of Dispute Resolution: an overview. **University of Florida Law Review**, v. XXXVII, n. 1, p. 12, 1985).

[290] LIEBERMAN, Jethro K.; HENRY, James F. Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement. **The University of Chicago Law Review**, v. 53, n. 2, p. 424, 1986.

[291] Ao comentar esse ato normativo, Antonio Cabral realça que "Desde os seus *consideranda*, passando pelas suas disposições específicas, a resolução reconhece que a adoção e o desenvolvimento de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos é uma tendência mundial, decorrente do fomento a uma cultura de participação, diálogo, consenso e paz; destaca que o acesso à Justiça incorpora também a possibilidade de manejar outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias, que podem ser utilizados pelo Ministério Público como garantia de proteção e de efetivação de direitos e interesses de repercussão social, mesmo que sejam indisponíveis; afirma que a autocomposição pode reduzir a litigiosidade mesmo nas causas do processo civil de interesse público (controvérsias envolvendo o Estado e também nas ações coletivas); ressalta que os meios autocompositivos levam ao empoderamento das partes na solução dos conflitos, diminuindo as relações de dependência do indivíduo em relação ao Estado (art. 2°); invoca como base normativa para a negociação tanto regras legais do Direito Penal como do direito processual civil; e determina que deve ser uma política pública estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já existentes, consolidando-as, bem assim ampliar e aperfeiçoar o uso dos mecanismos de autocomposição no âmbito do MP (arts. 1º e 4°)" (CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta, *in* RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.), **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**, v. 1, Brasília: ESMPU, 2016, p. 165-166).

permite a arbitragem na forma da lei; cujo §2º determina ao Estado que promova a solução consensual de conflitos; e cujo §3º diz que tais métodos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial[292].

Provavelmente, o mais famoso dentre os meios adequados de solução de controvérsias é a arbitragem, prevista na Lei nº 9.307/1996. Trata-se de um meio de heterocomposição dos conflitos, já que, nele, "um terceiro imparcial e equidistante resolve o litígio posto sob sua apreciação"[293]. Apesar da decisão proferida pelo STF no famoso "Caso Lage"[294] (que admitiu uma arbitragem envolvendo a União e o Espólio de Henrique Lage[295]), durante muito tempo – e talvez pela peculiaridade do precedente – pairou dúvida acerca da possibilidade jurídica da utilização da arbitragem pela Administração Pública. Esses questionamentos tinham três argumentos básicos: (*i*) violação ao princípio da legalidade; (*ii*) indisponibilidade do interesse público; e (*iii*) confidencialidade.

Não se enxergava que desde a edição da Lei nº 9.307/1996já havia autorização para a arbitragem, que a indisponibilidade do interesse público não obsta uma solução consensual e que a confidencialidade não é essencial à arbitragem[296].Seja como for, a questão foi definitivamente resolvida após a promulgação da Lei nº 13.129/2015, que deu nova redação

---

[292] Nesse sentido, cf. LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. **Revista de Processo**, v. 244, p. 430, jun./2015, p. 430: "O NCPC adota o modelo multiportas de processo civil. Cada demanda deve ser submetida à técnica ou método mais adequado para a sua solução e devem ser adotados todos os esforços para que as partes cheguem a uma solução consensual do conflito. É norma fundamental do processo civil brasileiro a prioridade na utilização das técnicas para facilitar a resolução consensual dos conflitos (art. 3.º, §§ 2.º e 3.º, do CPC/2015). É dever do Estado promover divulgando e fornecendo os meios necessários, e dos operadores jurídicos estimular, esclarecendo a população, a difusão e utilização dos meios adequados de resolução de disputas".

[293] RODRIGUES, Marco Antonio; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 14, p. 390, jul.-dez./2014.

[294] Trata-se do AI 52181, Plenário, Rel. Min. Bilac Pinto, j. em 14 nov. 1973, DJ 15 fev. 1974. Assim ficou lavrada a ementa do acórdão: "INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. LEGALIDADE DO JUÍZO ARBITRAL, QUE O NOSSO DIREITO SEMPRE ADMITIU E CONSGROU, ATÉ MESMO NAS CAUSAS CONTRA A FAZENDA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL, QUE NÃO OFENDE A NORMA CONSTITUCIONAL. 3. JUROS DE MORA CONCEDIDOS, PELO ACÓRDÃO AGRAVADO, NA FORMA DA LEI, OU SEJA, A PARTIR DA PROPOSITURA DA AÇÃO. RAZOAVEL INTERPRETAÇÃO DA SITUAÇÃO DOS AUTOS E DA LEI N. 4.414, DE 1964. 4. CORREÇÃO MONETÁRIA CONCEDIDA, PELO TRIBUNAL A QUO, A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA LEI N. 4.686, DE 21.6.65. DECISÃO CORRETA. 5. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO".

[295] O interessante caso foi analisado, com profundidade, em SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. São Paulo: Forense, 2011. p. 227-230.

[296] Para uma boa síntese de todos os argumentos, favoráveis e contrários, v. RODRIGUES, Marco Antonio; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 14, p. 392-405, jul.-dez./2014.

ao art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/1996, para permitir expressamente que a Administração Pública utilize a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Observe-se, portanto, que há aí uma limitação da aplicação da arbitragem a direitos não-patrimoniais, como aqueles geralmente presentes nos processos estruturantes. De todo modo, o art. 2º, §3º, da mesma Lei, em consonância com o princípio constitucional da publicidade, afastou a regra da confidencialidade nas arbitragens envolvendo a Fazenda Pública, além de prever que ela será sempre "de direito"[297].

Com o advento do CPC em vigor, ganharam espaço também a conciliação e a mediação, métodos de autocomposição[298] que contam com a participação de um terceiro imparcial (diferenciando-se, neste ponto, da negociação), mas desprovido de poder decisório[299]. O art. 165 do CPC determinou aos Tribunais que criassem centros judiciários de solução consensual de conflitos, prevendo que a conciliação terá lugar "preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes", podendo o conciliador "sugerir soluções para o litígio" (§2°), enquanto a mediação ocorrerá "preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes", cabendo ao mediador auxiliar as partes a identificar a solução para o conflito (§3°).

No que diz respeito à aplicação da mediação e da conciliação à Fazenda Pública, ela possui histórico bem menos acidentado do que o da arbitragem. Com efeito, por serem meios que apenas facilitam o alcance da autocomposição, ao invés de eleger um terceiro desinteressado para colocar um ponto final no conflito, o obstáculo a ambas era uma mera decorrência lógica da própria resistência à autocomposição em si. Não havia, portanto, grandes óbices capazes de infirmar uma previsão legal expressa admitindo-as.

De todo modo, o CPC efetivamente elevou a questão a um novo patamar, ao exigir, no art. 174, proatividade das pessoas jurídicas de direito público na criação de câmaras administrativas de conciliação e mediação. A essas câmaras compete: (*i*) resolver conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública; (*ii*) avaliar a admissibilidade de conciliação administrativa entre particular e pessoa jurídica de direito público; e (*iii*)

---

[297] No Estado do Rio de Janeiro, recentemente foi editado o Decreto nº 46.245/2018, que regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis que envolvam o Estado ou suas entidades.

[298]DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I, p. 212-213.

[299] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: Comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016. p. 37.

promover a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta. Praticamente idêntico é o art. 32 da Lei nº 13.140/2015. Destarte, tais câmaras funcionam como um catalisador de acordos, atuando no âmbito extraprocessual para prevenir a judicialização, ou então resolver um conflito já levado ao Judiciário – conjunto no qual se inserem os processos estruturantes.

Quanto à confidencialidade na seara da conciliação e da mediação, apontada como princípio informador de ambas pelo art. 166 do CPC, não se pode esquecer que a Administração Pública subordina-se ao princípio constitucional da publicidade (art. 37, *caput*, da Constituição). Por isso, tal como acontece na arbitragem, aplica-se aqui a regra prevista no art. 30 da Lei nº 13.140/2015, que ressalva da confidencialidade aquelas informações cuja "divulgação for exigida por lei". Isso não significa, é bom deixar claro, que a publicidade não possa ser afastada com base em outras hipóteses normativas, tais como o sigilo previsto nos arts. 23 e 24 da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação)[300]. No entanto, a regra, repita-se, é a publicidade, notadamente quando se trata de litígio em torno de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos[301].

É importante recordar, por fim, que os mecanismos acima citados não esgotam as espécies de meios adequados de solução de controvérsias. As partes são livres para desenvolver, dentro dos limites do ordenamento, aproximações distintas, não sendo incomum

---

[300] RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016.p. 380-381 ("No caso da Administração Pública, entretanto, a confidencialidade prevista no artigo 166 deve ceder, via de regra, à publicidade, já que esta é princípio constitucional fundamental a incidir sobre a Administração. De outro lado, embora seja a regra geral a superação da confidencialidade pela publicidade, importante salientar que esta última não é princípio absoluto, podendo existir valores que justifiquem sua não incidência em certas situações específicas, em virtude de previsão legal, ou mesmo por decisão judicial, em casos de autocomposição ocorrida no curso do processo. No que se refere a hipóteses legais de afastamento da publicidade, vale registrar que a Lei n. 12.527/11 – a chamada Lei de Acesso à Informação – buscou promover a publicidade dos atos praticados pelo Poder Público, estabelecendo a gestão transparente da informação pelos órgãos e entidades públicos (artigo 6º), propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação. Assim, qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações, sendo os documentos públicos, via de regra, considerados ostensivos. No entanto, os artigos 23 e 24 da referida lei regulam a possibilidade de restrição da publicidade, com a classificação de informações como ultrassecretas, secretas e reservadas. Dessa forma os critérios adotados pelo artigo 23 da Lei n. 12.527/11 são um parâmetro legislativo para o afastamento da publicidade em autocomposições também").

[301] Humberto Dalla e Patrícia Nunes manifestam o mesmo entendimento no que diz respeito à mediação, em raciocínio que pode ser estendido aos demais meios adequados de solução de controvérsias: "Porém, o instituto da mediação, embora confidencial, não pode ser secreto. Essa distinção assume especial relevância quando tomam parte no procedimento ou a Fazenda Pública ou órgãos que defendem interesses coletivos em sentido amplo (difusos, coletivos ou individuais homogêneos). Desse modo, não podemos perder de vista que, em hipótese alguma, a sua utilização pode ser admitida como forma de ilidir a transparência e a impessoalidade que devem sempre nortear o uso da coisa pública. Além do mais, a mediação, como todos os outros meios de resolução de conflito, guarda estrita correlação com os mais altos padrões éticos de conduta"(PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; NUNES, Patrícia Elael. **A confidencialidade e suas peculiaridades no procedimento de mediação envolvendo a Fazenda Pública**. p. 9-11. Disponível em:<https://www.academia.edu/36470896/A_CONFIDENCIALIDADE_E_SUAS_PECULIARIDADES_NO_PROCEDIMENTO_DE_MEDIAC_A_O_ENVOLVENDO_A_FAZENDA_PU_BLICA_13122017.docx?auto=download>. Acesso em: 16 jan. 2019).

a combinação de dois ou mais dos meios acima elencados para dar origem a formas híbridas[302]. A aplicação de cada um desses instrumentos no âmbito dos processos estruturantes variará a depender da sua pertinência em relação aos direitos em jogo, como se verá mais à frente.

2.4 **Chegando a uma solução consensual nos processos estruturantes**

Após ter sido comprovada a viabilidade jurídica dos acordos processuais nos processos estruturantes, é preciso analisar de que maneira é possível estimular as partes a celebrar esses acordos. Para tanto, é necessário levar em consideração que os seres humanos são movidos por incentivos[303]: as pessoas adotam determinadas condutas porque nelas enxergam uma forma de maximizar o seu bem-estar. É isso que permite que o legislador e o intérprete, com base na chamada Análise Econômica do Direito, desenhem as normas jurídicas de modo a prever um resultado desejado e, posteriormente, verifiquem se esse objetivo foi, de fato, atingido[304].

Para compreender esse sistema de incentivos, devem ser considerados os custos associados ao engajamento, ou seja, os "custos de transação"[305]. Se os custos de transação não existissem, as condutas humanas convergiriam naturalmente para a distribuição mais eficiente dos recursos disponíveis entre as pessoas através de um consenso entre elas. A solução consensual, portanto, é estimulada pelo ordenamento processual porque representa a alocação

---

[302] Cf., nessa linha, ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: Comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016. p. 40: "Por fim, mistos ou híbridos são os métodos que apresentam características de ambos os grupos anteriores [autocompositivos e impositivos ou adversariais]. O procedimento é concebido em etapas, iniciando-se com um instrumento de solução de conflitos e, na hipótese de insucesso, passa-se imediatamente à aplicação de outro método já estabelecido. É o caso da mediação-arbitragem, arbitragem-mediação, minijulgamento, *dispute boards* etc.".

[303]HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. ISN ETH Zurich, 1739. p. 257. Disponível em: <https://people.rit.edu/wlrgsh/HumeTreatise.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.

[304]COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Introduction to Law and Economics**. Fifth Edition. 2007. p. 03-04.

[305] A ideia de "custos de transação" está associada a Ronald Coase, que assim os descreve: "Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos" (COASE, Ronald. O problema do custo social. Trad. Francisco Kümmel Alves e Renato Vieira Caovilla. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, art. 9, p. 12, 2008).

de recursos mais eficiente possível. No entanto, não é isso que ocorre na prática. Daí a necessidade de se criar incentivos para a consensualidade.

Nesse contexto, toda decisão judicial funciona como uma forma de realocação dos recursos originalmente atribuídos entre as pessoas que sofrem os seus efeitos. Esse rearranjo pode vir, também, acompanhado de um maior ou menor nível de custos de transação. É imprescindível, portanto, reconhecer que a decisão judicial pode ser um fator de incentivo ou desincentivo a determinada conduta, a qual pode, inclusive, ser a celebração de um acordo. Influenciar positivamente na realização de avenças significa que a própria decisão judicial deve promover a realocação mais eficiente dos recursos, ou então colocar ambas as partes em situação de ineficiência e reduzir a um patamar suficiente os custos de transação[306].

Todavia, para que as decisões judiciais sirvam como uma "estrutura de incentivos"[307] dirigida à celebração de acordos processuais, elas devem seguir um pensamento pragmático, isto é, devem ter em mira que as soluções consensuais são melhores – porque mais eficientes – do que as impositivas; que a alocação inicial de recursos influencia na disposição das partes em chegar a um acordo; e que a redução dos custos de transação é benéfica para que esse objetivo seja alcançado. Antes de tudo, porém, é necessário explicar no que consiste, afinal, o pensamento pragmático.

O pragmatismo filosófico, desenvolvido por autores como John Dewey, tem como base a ideia de que as experiências pretéritas funcionam como um guia, que dá significado concreto a termos utilizados pela filosofia moral. Dessa forma, conceitos como o de "justiça" e "igualdade" seriam preenchidos seguindo uma lógica experimentalista, orientando na persecução do melhor fim a ser atingido[308]. Richard Posner, por exemplo, tentou transplantar

---

[306] "Of course, if market transactions were costless, all that matters (questions of equity apart) is that the rights of the various parties should be well-defined and the results of legal actions easy to forecast. But as we have seen, the situation is quite different when market transactions are so costly as to make it difficult to change the arrangement of rights established by the law. In such cases, the courts directly influence economic activity. It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions. Even when it is possible to change the legal delimitation of rights through market transactions, it is obviously desirable to reduce the need for such transactions and thus reduce the employment of resources in carrying them out" (COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 19, out./1960.

[307] A expressão é extraída de MAGALHÃES, Andrea. **Jurisprudência da Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 48.

[308] "In morals, it is a common assumption that the fairness of particular actions cannot be determined unless there is some absolute standard with which they may be compared. The true and the beautiful are similarly hypostatized. But in fact, we institute standards of justice, truth, esthetic quality, etc., in order that different objects and events may be so intelligently compared with one another as to give direction to activities dealing with concrete objects and affairs: exactly as we set up a platinum bar as a standard measurer of lengths. The standard is just as much subject to modification and revision in one case as is in the other on the basis of the

algumas das premissas dessa linha de pensamento para o universo jurídico, desenvolvendo o que chamou de um "pragmatismo aplicado" pelos juízes[309]. Segundo esse pragmatismo aplicado, os atos pretéritos – aí incluídas as leis, os atos regulamentares e as decisões – devem ser seguidos na medida em que eles continuem a produzir os melhores resultados, tanto em termos de justiça quanto em termos de segurança jurídica[310].

Independentemente das críticas que o pragmatismo aplicado pode e deve despertar[311], fato é que o pragmatismo jurídico pode ser definido como uma forma de aplicação do Direito segundo a qual deve ser adotada aquela decisão que, dentro das margens interpretativas, produza o resultado mais eficiente possível. No caso das decisões judiciais, esse melhor resultado possível consiste na potencialidade da decisão para resolver e pacificar conflitos[312]. Para tanto, deve-se reconhecer que o exercício da jurisdição é contextual, variando de acordo com as circunstâncias políticas, sociais e econômicas, e que as decisões judiciais geram impactos macrossistêmicos, promovendo incentivos e desincentivos aos atores sociais e às instituições[313].

A aplicação correta desses incentivos pressupõe que o juiz deve avaliar corretamente a relação de custo-benefício das consequências da sua decisão, prevendo os próximos passos das partes. Ou seja, o magistrado deverá realizar um exercício mental consistente em listar as consequências, individuais ou sistêmicas, diretas ou indiretas, da sua decisão; atribuir pesos às consequências vantajosas e desvantajosas; e, por fim, realizar um sopesamento do custo-benefício[314]. Embora possa parecer estranho à primeira vista, essa é a lógica que permeia a

---

consequences of its operational application" (DEWEY, John. **Logic**: The theory of inquiry. New York: Henry Holt and Company, 1938. p. 216). Nesse mesmo sentido, SULLIVAN, Michael; SOLOVE, Daniel. Can pragmatism be radical? Richard Posner and Legal Pragmatism. **Yale Law Journal**, v. 113, n. 3, p. 701, 2003: "Insofar as the language of 'justice' has been dominated by Kantian moralists who believe that our regulative ideals are the product of pure reason, then one can understand Posner's reservations. Terms like 'justice' and 'freedom' are not backed up by reference to Platonic forms, but are the products of our human experience and contested history. We don't look to theory to tell us what 'democracy', 'justice', 'equality', and 'freedom' mean. We look to our experience of past practices. Under this view, 'theory' is a statement of the insights, often generalized, formed as a result of the success and failures of these practices".

[309] POSNER, Richard. Pragmatic Adjudication. **Cardozo Law Review**, v. 16,1996.

[310] POSNER, loc. cit.

[311] Para um resumo dessas críticas, cf. SULLIVAN, Michael; SOLOVE, Daniel. Can pragmatism be radical? Richard Posner and Legal Pragmatism. **Yale Law Journal**, v. 113, n. 3, 2003.

[312] FUX, Luiz. Prefácio ao livro MAGALHÃES, Andrea. **Jurisprudência da Crise**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2017. p. 01.

[313] Ibid., p. 02.

[314] Andrea Magalhães discorre a respeito das peculiaridades da análise de custo benefício: "Em termos quase banais, a análise de custos e benefícios compara as estimativas de resultado positivo e negativo de várias alternativas. Se os custos superam os benefícios, a medida deve ser estimulada. Via de regra, se os benefícios forem mais baixos do que os custos, a escolha indicada será pela rejeição dessa alternativa. Se os custos excederem os benefícios, o decisor deve dedicar seus recursos a outras alternativas, ou trabalhar para identificar

aplicação do princípio da proporcionalidade, na sua vertente de proporcionalidade em sentido estrito[315].

Como exemplo dessa análise de custo benefício, ficaram célebres, nos Estados Unidos, os casos *Corrosion Proof Fittings v. Environmental Protection Agency (EPA)*[316]e *Business Roundtable v. Stock Exchange Comission (SEC)*[317]. O primeiro deles envolvia um regulamento editado pela agência de proteção ambiental norte-americana impedindo a comercialização de produtos contendo amianto, enquanto o segundo dizia respeito à obrigação de que as sociedades abertas incluíssem, nos formulários de votação por correspondência, os nomes dos candidatos minoritários que concorriam aos cargos de direção. Em ambos os casos, o Poder Judiciário invalidou regulamentos administrativos diante da sua reprovação em uma análise de custo-benefício, seja em virtude da falta de avaliação dos custos, seja em decorrência da ausência de motivação acerca dos benefícios esperados[318].

No Brasil, é igualmente comum que magistrados realizem esse tipo de análise sobre decisões administrativas e atos legislativos. Veja-se, nesse sentido, o acórdão proferido pelo STF no RE 586.224, que declarou a inconstitucionalidade da Lei municipal nº 1.952/1995, do Município de Paulínia. Essa lei proibia a queima da palha de cana-de-açúcar e o uso de fogo

---

uma abordagem na qual os benefícios excedam os custos. A análise de custo-benefício é antes uma disciplina geral, com algumas regras básicas, do que um modelo matemático. Está sujeita a inúmeras críticas, como aquela que preferia uma avaliação implícita, em vez de uma avaliação consequencial ampla (*broadly consequential evaluation*), em se tratando de bens de difícil mensuração. As controvérsias aumentam à medida em que são impostas exigências adicionais, incluindo demandas estruturais e indiferenças avaliativas. A regra básica, assim, pode ser excepcionalizada caso haja considerações especiais, tais como uma obrigação legal, ou um benefício extraordinário ainda que não quantificável. A análise contempla ainda institutos mais complexos, como benefícios colaterais e compensações de risco, anteriormente abordados; ponderação de probabilidade; benefícios líquidos; taxas de desconto; benefícios difíceis ou impossíveis de quantificar; e análise de equivalência (*break-even analysis*)" (MAGALHÃES, Andrea. **Jurisprudência da Crise**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2017. p. 231-232).

[315] Luís Roberto Barroso explica que o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade se desdobra em três manifestações: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação "exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos". A necessidade, por sua vez, "impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados". A proporcionalidade em sentido estrito, por fim, consiste em "uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se 'de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim'" (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 228-229).

[316]Corrosion Proof Fittings v. EPA, 947 F.2d 1201 (5th Cir. 1991).

[317]Business Roundtable v. SEC, 647 F3d 1144 (D.C. Cir. 2015).

[318] Para uma análise de ambos os casos, cf. MASUR, Jonathan; POSNER, Eric A. Cost-Benefit Analysis and the Judicial Role. **Public Law and Legal Theory Working Papers**, 2017.

em atividades agrícolas. No seu voto, o relator, Min. Luiz Fux, explicitamente associou a aplicação do princípio da proporcionalidade a uma relação de custo-benefício[319].

Considerando que se reconhece a capacidade de o Judiciário levar a efeito essa análise de custo-benefício no que toca aos atos dos demais Poderes, não há razão para crer que os juízes sejam incapazes de fazê-lo em relação às próprias decisões judiciais, quando dimensionadas a partir das escolhas que elas podem acarretar. Em qualquer hipótese, o grande

[319]Eis a ementa do acórdão: "Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. LIMITES DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL. LEI MUNICIPAL QUE PROÍBE A QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR E O USO DO FOGO EM ATIVIDADES AGRÍCOLAS. LEI MUNICIPAL Nº 1.952, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1995, DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA. RECONHECIDA REPERCUSSÃO GERAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 23, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, Nº 14, 192, § 1º E 193, XX E XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO E ARTIGOS 23, VI E VII, 24, VI E 30, I E II DA CRFB. 1. O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II da CRFB). 2. O Judiciário está inserido na sociedade e, por este motivo, deve estar atento também aos seus anseios, no sentido de ter em mente o objetivo de saciar as necessidades, visto que também é um serviço público. 3. In casu, porquanto inegável conteúdo multidisciplinar da matéria de fundo, envolvendo questões sociais, econômicas e políticas, não é permitido a esta Corte se furtar de sua análise para o estabelecimento do alcance de sua decisão. São elas: (i) a relevante diminuição – progressiva e planejada – da utilização da queima de cana-de-açúcar; (ii) a impossibilidade do manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas; (iii) cultivo de cana em minifúndios; (iv) trabalhadores com baixa escolaridade; (v) e a poluição existente independentemente da opção escolhida. 4. Em que pese a inevitável mecanização total no cultivo da cana, é preciso reduzir ao máximo o seu aspecto negativo. Assim, diante dos valores sopesados, editou-se uma lei estadual que cuida da forma que entende ser devida a execução da necessidade de sua respectiva população. Tal diploma reflete, sem dúvida alguma, uma forma de compatibilização desejável pela sociedade, que, acrescida ao poder concedido diretamente pela Constituição, consolida de sobremaneira seu posicionamento no mundo jurídico estadual como um standard a ser observado e respeitado pelas demais unidades da federação adstritas ao Estado de São Paulo. 5. Sob a perspectiva estritamente jurídica, é interessante observar o ensinamento do eminente doutrinador Hely Lopes Meireles, segundo o qual "se caracteriza pela predominância e não pela exclusividade do interesse para o município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância." (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 121.) 6. Função precípua do município, que é atender diretamente o cidadão. Destarte, não é permitida uma interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, na qual não se reconheça o interesse do município em fazer com que sua população goze de um meio ambiente equilibrado. 7. Entretanto, impossível identificar interesse local que fundamente a permanência da vigência da lei municipal, pois ambos os diplomas legislativos têm o fito de resolver a mesma necessidade social, que é a manutenção de um meio ambiente equilibrado no que tange especificamente a queima da cana-de-açúcar. 8. Distinção entre a proibição contida na norma questionada e a eliminação progressiva disciplina na legislação estadual, que gera efeitos totalmente diversos e, caso se opte pela sua constitucionalidade, acarretará esvaziamento do comando normativo de quem é competente para regular o assunto, levando ao completo descumprimento do dever deste Supremo Tribunal Federal de guardar a imperatividade da Constituição. 9. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia" (RE 586.224, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 05 mar. 2015, DJe 08 mai. 2015).Ao decidir pela inconstitucionalidade da Lei municipal, o Min. Luiz Fux indicou a existência de uma Lei estadual já disciplinando o tema. A partir dessa premissa, destacou o Min. Relator que "a solução trazida pela legislação ora questionada encontra óbice nas duas fases finais de análise da proporcionalidade, enquanto já se prevê uma solução menos gravosa pelo ordenamento que equilibra de maneira mais correta a relação custo-benefício. Desta feita, é intransponível a conclusão pela inconstitucionalidade material da norma em voga".

risco, é confiar na "abordagem de escolhas racionais" levada a efeito pelas partes[320], que toma como premissa uma atitude racional delas[321]. Por isso, os incentivos têm que ser especialmente formatados para os tomadores das decisões políticas.

Nesse cenário, é possível divisar duas estratégias adotadas pelo Judiciário para funcionar como essa estrutura de incentivos no controle judicial de políticas públicas. A primeira delas é voltada para que o próprio Poder Público apresente uma solução unilateral que resolva o problema sistêmico. Em *Rose v. Council for Better Education*[322], por exemplo, foi imposta uma espécie de medida indutiva à implementação de uma política pública, que se mostrava inviável, até então, em virtude de um impasse entre o Legislativo e o Executivo.

Para tanto, a Suprema Corte do Kentucky declarou a nulidade da forma arcaica de financiamento público educacional então existente, à luz do direito a um sistema eficiente de educação previsto na Constituição Estadual, estabelecendo os critérios necessários para o cumprimento do mandamento constitucional. Ato contínuo, a Corte deu um prazo terminativo para que a Assembleia Legislativa estruturasse um novo sistema com base nesses critérios, sob pena de paralisação das atividades educacionais[323]. Movidos pela pressão popular, os

---

[320] "Em breve síntese, a teoria da escolha racional prega que as ações são essencialmente racionais e que as pessoas calculam os custos e benefícios prováveis de qualquer ação antes de decidir o que fazer. A teoria também se aplica a instituições. (...) Por sua vez, aplicada no comportamento judicial de cortes constitucionais, a teoria das escolhas racionais compreende tanto um campo interno, focado nas interações entre juízes, quanto um campo externo, focado nos constrangimentos impostos por atores políticos. No campo interno, confunde-se om os modelos atitudinal e estratégico, mas no externo possuem grande valia para a jurisprudência de crise, ao propor que o Judiciário, consciente das escolhas racionais que recaem sobre os demais atores políticos, crie incentivos para alinhar suas escolhas ao provimento jurisdicional" (MAGALHÃES, Andrea. **Jurisprudência da Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 68).

[321] O "homem racional" não existe na sua pureza teórica, dada a assimetria de informações, a limitada capacidade cognitiva e a impossibilidade de se posicionar de maneira consciente perante todas as questões. Sobre o tema, v. SIMON, Herbert. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, p. 99-118, fev./1955.

[322] Rose v. Council for Better Education, 790 S.W.2d 186 (Ky. 1989). A íntegra da decisão encontra-se disponível em: <https://nces.ed.gov/edfin/pdf/lawsuits/Rose_v_CBE_ky.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

[323] Manuel José Cepeda-Espinoza relata que a Corte Constitucional da Colômbia teria adotado providência semelhante no já citado caso do deslocamento forçado de pessoas (sentencia T-025, de 2004). Segundo o autor, ao invés de determinar o dispêndio de numerário público, a Corte decidiu que deveria ser feito um estudo a respeito do total a ser gasto com a solução da questão, e o governo, caso decidisse não a implementar, deveria dizê-lo publicamente. Nas palavras do autor: "The court did not order the government to spend a specific amount of money. The court instead ordered the government to make an estimate of how much money the government would have to spend to protect IDPs' rights. If this amount turned out to be excessive, the court said, the Government could publicly say that it would regress in the protection of rights. That is why in the beginning, IDPs were angry with the decision. IDPs now support the decision, but at the beginning IDPs were angry with the decision because they said, 'everything is wonderful, but you authorized the government to regress'. So IDPs waited one year after the deadline given by the court ended to see what the government would say. And the government said: 'okay, I made my estimate, it's a lot of money, I will spend it, I will not regress'. And only then, IDPs supported the decision and agreed to engage in promoting its enforcement". (CEPEDA-ESPINOZA, Manuel Jose. Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court. **Texas Law Review**, v. 89, p. 1.701, 2011).

membros do Legislativo acabaram criando três Comitês para formular um Projeto de Lei que, afinal, resultou no *Kentucky Education Reform Act (KERA)*[324].

A segunda estratégia digna de nota é o estímulo a uma negociação entre as partes para que elas cheguem a uma solução conjunta – essa, sim, especialmente interessante para o presente estudo. Em um caso envolvendo a canalização da água do Rio San Joaquin para fins agrícolas através da represa Friant, na Califórnia[325] – a qual havia provocado a destruição do ecossistema fluvial e praticamente a extinção de uma espécie nativa de salmão –, o Judiciário deu sinais de incerteza sobre como resolveria a questão de fundo (extremamente técnica e sofisticada), realizando uma série de rodadas de negociação para estimular a conciliação. Ao fim e ao cabo, ambas as partes concluíram que a melhor solução seria transigir, chegando-se a um *Stipulation of Settlement* que deu origem ao *San Joaquin River Restoration Program*[326].

Embora não sejam casos de processos estruturantes, podem ser citados um exemplo brasileiro para cada uma das duas estratégias acima indicadas, demonstrando a sua aplicação prática também em solo nacional. O exemplo da primeira estratégia seria a ADO 25, que tratava da mora legislativa em disciplinar os métodos de compensação dos Estados pela desoneração de ICMS sobre exportação, nos termos da EC nº 42/2003[327]. Ao reconhecer o estado de inércia do Poder Legislativo em editar a lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, o STF concedeu prazo de 12 (doze) meses para que fosse sanada a omissão, sob pena de fixação do montante compensatório pelo Tribunal de Contas da União[328]. Essa decisão foi

---

[324] PARIS, Michael. **Framing Equal Opportunity**. Stanford University Press, 2010, p. 199-207. Um outro exemplo de iniciativa legislativa incentivada por decisão judicial foi a criação, como já mencionado, da *Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo* (ACUMAR) pela Lei nº 26.168, durante a pendência do caso *Mendoza*. Segundo relatado por Francisco Verbic, a entidade teria como "competencia regular, controlar y fomentar atividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier outra actividad con incidencia ambiental em la cuenca" (VERBIC, Francisco. El remédio estructural de la causa Mendoza: antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros três anos de su implementacion. **Anales da Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales U.N.L.P.**, n. 43, 2013, p. 272). No entanto, considerando que, ainda de acordo com o mesmo autor, o litígio prosseguiu e a própria ACUMAR foi condenada – em conjunto com o Estado Nacional, a Província Autônoma de Buenos Aires e a Cidade Autônoma de Buenos Aires –, conclui-se que a sua criação por si só não foi suficiente para encerrar o conflito (Loc. cit.).

[325] Natural Resources Defense Council v. Kirk Rodgers et al., Case No. S-88-1658-LKK/GGH, C.D.Ca. (2006).

[326] O "Stipulation of Settlement" está disponível em: <http://www.restoresjr.net/download/settlement-related/Settlement_Stip_Final_As_Lodged_091306.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2017.

[327] ADO 25, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 30 nov. 2016, DJe 18 ago. 2017.

[328] Esta é a ementa do acórdão: "Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 2. Federalismo fiscal e partilha de recursos. 3. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. 4. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar. 5.Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; b) calcular o valor das

uma clara tentativa de colocar os Poderes Executivo e Legislativo em uma encruzilhada, à beira de perderem sua competência para disciplinar o assunto (ainda que temporariamente)[329].

Como exemplo da segunda estratégia pode ser citado o MS 34.023, em que se discutia a incidência da taxa SELIC simples ou composta sobre a dívida pública dos Estados. Nele, o STF concedeu a medida liminar pleiteada, para evitar a imposição de sanções à parte autora pelo inadimplemento[330] durante o prazo de 60 dias[331]. Essa decisão criou uma externalidade negativa em desfavor da União, que até então resistia a propostas conciliatórias, incentivando-a a buscar um consenso com os Estados. Observe-se, portanto, que o STF modificou a distribuição inicial de recursos entre as partes, além de reduzir os custos de transação com a criação de uma zona de incerteza decorrente da precariedade da decisão liminar, permitindo

---

quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ".

[329] Antes de comentar essa mesma decisão, Andréa Magalhães assim enfatiza: "Nessa hipótese, a corte pode transferir para um outro órgão, dotado de maior expertise técnica, o estabelecimento de parâmetros ou a definição concreta em caso de renitente inércia. Por meio da estrutura de incentivos, a corte constitucional agirá estrategicamente, de modo a contornar os vícios apontados pela *public choice* e transferir os custos de decisão e, consequentemente, de erro" (MAGALHÃES, Andrea. **Jurisprudência da Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 71).

[330] O acórdão foi assim ementado: "Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Decreto 8.616/205, Lei Complementar 148/2014 e Lei 9.496/1997. Adequação da via eleita. Admissibilidade de mandado de segurança contra decreto de efeitos concretos. 3. Agravo regimental provido para determinar o processamento do mandado. 4. Índice de correção da dívida dos Estados. Anatocismo. Princípio da isonomia. SELIC. 5. Medida liminar deferida para que os impetrados abstenham-se de impor quaisquer sanções ao impetrante". (MS 34.023 AgR, Plenário, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 07 abr. 2016, DJe 13 out. 2017).

[331] Posteriormente foi negada uma nova prorrogação desse prazo, como se observa do seguinte acórdão, proferido em questão de ordem: "Ementa: QUESTÃO DE ORDEM EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. PEDIDO DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE SOBRESTAMENTO DO PROCESSO E DAS MEDIDAS CAUTELARES DEFERIDAS. INDEFERIMENTO. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTAGEM DE PRAZO EM DIAS ÚTEIS. PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DA LIMINAR ANTE AJUSTE NEGOCIADO ENTRE AS PARTES. DEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE PERIGO NA DEMORA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO. 1. Tendo em vista sua natureza processual, na contagem do prazo do sobrestamento e das liminares deferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na sessão de 27.04.2016, computar-se-ão somente os dias úteis. De acordo com a deliberação pretérita, o prazo é peremptório, não se podendo cogitar de eventual prorrogação. 2. Nos termos do acordo informado pelas partes, há nova configuração da forma de pagamento das dívidas que consiste, no que tange ao objeto da liminar: a) no desconto de 100% (cem porcento) do valor das parcelas relativas aos meses de julho a dezembro de 2016; e b) no pagamento, com possibilidade de parcelamento em 24 meses, dos valores relativos aos meses em que os Estados, em virtude da decisão liminar deste Tribunal, deixaram de recolher à União. 3. A nova configuração afasta o fundamento do perigo na demora, visto que a proximidade do termo final do prazo de sobrestamento já não mais respalda o receio de que a segurança, caso eventualmente concedida, possa resultar ineficaz. 4. Questão de ordem resolvida no sentido de se indeferir o pedido de prorrogação do prazo peremptório concedido pelo Plenário para as medidas cautelares, explicitando o advento do termo final em 22.08.2016; e de deferir o pedido formulado pela União a fim de que sejam aplicados cautelarmente aos autos e às liminares os exatos termos dos ajustes negociados com os Estados, a partir do dia primeiro de julho de 2016, conforme a ata da reunião realizada no dia 20.06.2016. (MS 34.023 QO, Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, j. em01jul. 2016, DJe 12jun. 2017).

que se chegasse a uma transação para alcançar um resultado mais eficiente (redução das suas perdas possíveis)[332].

Note-se, ainda, que tem se tornado comum, em feitos de grande repercussão, a designação de audiências especiais pelo Supremo Tribunal Federal, para colocar as partes supostamente antagônicas frente a frente na mesa de negociação. Em alguns casos, a providência mostrou-se exitosa: veja-se, por exemplo, o acordo firmado entre os Poderes Executivo e Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte nos autos do MS 35.398, homologado pelo Min. Luiz Fux, para permitir a regularização de pagamento dos duodécimos ao Tribunal de Justiça local[333].

[332] No mesmo sentido, cf. MAGALHÃES, Andrea. **Jurisprudência da Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 54-55.
[333]MS 35.398, Rel. Min. Luiz Fux, j. em18 dez. 2017, DJe 01 fev. 2018.

3 APLICAÇÃO CONCRETA DOS ACORDOS PROCESSUAIS NOS PROCESSOS ESTRUTURANTES

A partir das observações lançadas nos capítulos anteriores, é possível traçar alguns parâmetros que devem ser seguidos pelos acordos processuais nos processos estruturantes, para que eles alcancem o resultado almejado – isto é, para que seja bem-sucedido o intuito de promover um controle judicial eficaz das políticas públicas. Essas balizas levam em conta a capacidade de o acordo dispor a respeito da relação jurídica de direito material ou da relação processual, de maneira flexível e ajustada às necessidades das partes, com o escopo de atender aos princípios constitucionais da transparência, da publicidade e da eficiência (art. 37, *caput*, da CRFB/88).

As seguintes características dos processos estruturantes funcionam como premissas para a elaboração dos parâmetros ora propostos: (*i*) a necessidade de representação adequada dos interesses envolvidos; (*ii*) a abertura para a participação de terceiros; (*iii*) a redução da rigidez da estrutura processual; (*iv*) o oferecimento de incentivos favoráveis ao cumprimento da decisão; e (*v*) a existência de meios capazes de propiciar o cumprimento da decisão[334]. No exercício do controle judicial da validade dos acordos processuais (sendo necessária ou não a sua homologação para que sejam produzidos os efeitos no processo) e da supervisão do seu cumprimento, deve o juiz zelar pelo atendimento a esses parâmetros.

---

[334] São essas as palavras de Sérgio Arenhart: "Com esses instrumentos, enfim, vence-se a visão dicotômica do processo tradicional, permitindo que a relação processual se desenvolva de maneira plúrima, multifacetária e não necessariamente na base do antagonismo entre polos. O processo comum, de cunho individual, trabalha sempre com a lógica de que há duas visões sobre o problema, que são necessariamente antagônicas: um quer cobrar, mas o outro não quer pagar; um quer a propriedade de bem que é contestada por outro etc. No ambiente das políticas públicas, porém, a visão deve ser diferente. De um lado, porque os processos envolverão, sem dúvidas, várias visões e vários interesses diferentes, que não poderão ser agrupados apenas em dois blocos distintos. Por outro lado, porque essas visões não necessariamente são opostas e incompatíveis, podendo em certas situações convergir a um denominador comum. 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. Além da necessidade de uma revisão conceitual da noção de contraditório, os processos estruturais também impõem um procedimento diferenciado, que não se amolda aos parâmetros tradicionais do processo individual. Elementos como a adstrição da decisão ao pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada exigem reformulação completa, quando se pensa em processos estruturais" (ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, p. 08, jul.-dez./2015, p. 08. Disponível em:<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 26 dez.2018).

3.1 **Legitimação para o acordo e sua vinculação**

No que concerne à legitimação para o acordo, note-se que farão parte da avença o ente público ou entidade integrante da Administração Pública Indireta, de um lado (originalmente no polo passivo da demanda), e o legitimado ativo para o processo estruturante, de outro. O objeto desse acordo será a relação jurídica de direito material ou a própria relação processual (uma relação jurídica acessória à primeira, mas que lhe definirá o conteúdo final). Daí decorre a absoluta relevância da definição da legitimação para o acordo em relação ao autor do processo estruturante, que negociará não apenas por si, mas também por uma multiplicidade de indivíduos que não figuram como parte na relação processual[335].

Sendo assim, a legitimação para o acordo depende, em primeiro lugar, da própria legitimidade ativa. Tem-se reconhecido, nesse ponto, dois tipos de legitimidade – havendo uma preferência pela segunda, como já visto: (*i*) a do indivíduo, tanto através da ação popular (art. 1º da Lei nº 4.717/1965, franqueada a qualquer cidadão) quanto na tutela individual de interesses coletivos[336]; e (*ii*) a do legitimado coletivo, como consta, por exemplo, no art. 5º da Lei nº 7.347/1985[337]. Embora necessária, somente a presença dessa legitimidade para a tutela coletiva, porém, não é suficiente.

A legitimação para o acordo nos processos estruturantes dependerá, em segundo lugar, da "representatividade adequada" do celebrante *vis a vis* os interesses envolvidos. Essa

---

[335] Esse fato não passou despercebido a Owen Fiss, que destaca a importância do autor na *structural litigation*: "The presence of an improper representative on either side of the lawsuit may have consequences that far transcend the interests of the participants. The court may be led into error. The named plaintiff may also wittingly or unwittingly compromise the interests of the victim group in a way that cannot easily be rectified in subsequent proceedings. The defendant, it must also be remembered, speaks not just for himself in any personalized sense, but for all occupants of the office, past and future; all the other offices within the hierarchy of the institution; and all those who stand outside the institution but who are nonetheless directly affected by any reorganization of the institution, including the taxpayers who finance it and those who depend on the institution to provide some vital service" (FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, p. 25, 1979).

[336] Em defesa da legitimidade ativa do indivíduo para a tutela de direitos coletivos, cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 267: "O direito moderno, de matriz constitucional ou processual, vem apontando na direção do acesso à justiça, da ampliação da legitimidade e da instrumentalidade do processo. A limitação da legitimação do indivíduo, diante de interesses individuais homogêneos, deixa de produzir resultados positivos: economia processual e judicial; maior acesso ao Judiciário; melhoria da prestação jurisdicional, em termos de tempo e qualidade, devido à redução do número de feitos; preservação do princípio da igualdade etc. Mas em termos de interesse de natureza indivisível, o resultado é a denegação absoluta de Justiça".

[337] ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 231.

representatividade adequada pode ser conceituada como a capacidade de o legitimado exercer apropriadamente o contraditório no lugar daquelas pessoas cujo direito subjetivo se pretende defender[338]. Portanto, ainda que a pessoa detenha, em tese, legitimidade ativa, se ela não for capaz de demonstrar que possui as ferramentas necessárias para defender de maneira suficiente o direito alheio, faltar-lhe-á legitimidade específica para o ato de celebração do acordo[339].

A aplicação do conceito de representatividade adequada na tutela coletiva não é inédita. Ao homologar o acordo firmado na ADPF 165, por exemplo, o Min. Ricardo Lewandowski discorreu a respeito da importância da representatividade adequada, "ferramenta de conciliação tanto das exigências do resguardo ao devido processo legal quanto das particularidades do processo coletivo", salientando que ela é uma "salvaguarda, dentre outras existentes no processo civil, para proteger os interesses de natureza coletiva". Após transcrever passagem doutrinária de Ada Pellegrini Grinover, no sentido de que "o mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial"[340], o Min. Relator ponderou que a homologação seria possível porque "o acordo foi firmado por entidades com um relevante histórico de defesa dos interesses de seus associados e com notório interesse e participação em ações coletivas relativas ao tema dos planos econômicos heterodoxos".

---

[338] Com definição análoga, cf. ARENHART, Sergio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos.** São Paulo: RT, 2ª ed., 2015, p. 233: "Há, porém, um critério que pode exprimir todas as dificuldades acima descritas e apontar para a melhor solução diante do caso concreto: a representatividade adequada. O fundamental é perceber se o legitimado que está autorizado a conduzir a coletivização terá condições de representar adequadamente os interesses dos ausentes no processo, de forma que a solução por ele conseguida representa a maior vantagem possível para os indivíduos e para a gestão do serviço 'Justiça'".

[339] Trata-se do reconhecimento da legitimação *ad actum*, ou seja, da aplicação do filtro subjetivo em relação a um ato processual específico – no caso, a celebração do acordo processual –, ao invés de restringi-lo ao direito de ação. Cf., nesse sentido, CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 404, p. 09, 2009: "Como pertine ao exercício de um poder jurídico, o ordenamento remete a legitimidade à específica situação concreta onde tal poder será exercido. Se a legitimidade é um atributo transitivo, verificado em relação a um determinado estado de fato, pensamos que, a partir do conceito de situação legitimante, enquadrado no pano de fundo da relação processual dinâmica, é possível reduzir a análise da legitimidade a certos momentos processuais específicos, vale dizer, não mais a um juízo de pertinência subjetiva da demanda (a *legitimatio ad causam*), mas referente ao ato processual específico (a *legitimatio ad actum*)".

[340] A passagem integral, extraída de GRINOVER, Ada Pellegrini. O novo processo do consumidor. In: ____ et al. (org.). **Processo Coletivo**: do Surgimento à Atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 296, é a seguinte: "A parte ideológica leva a juízo o interesse metaindividual, 'representando' concretamente a classe, que terá exercido seus direitos processuais através das garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao 'representante'. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente ultra partes, nem significaria real exceção ao princípio a limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo conceito de 'representação substancial e processual', aderente às novas exigências da sociedade".

É necessário, portanto, desenvolver os elementos necessários para que fique caracterizada a presença da representatividade adequada em cada caso concreto. A *Rule*23(e)(2)(A) das *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas, por exemplo, prevê que a aprovação de uma proposta de acordo dependerá da comprovação de que os legitimados representaram adequadamente a classe[341]. Essa exigência decorre da *Rule* 23(a)(4) das mesmas *Federal Rules of Civil Procedure*, que dispõe ser necessário que as partes representem de maneira justa e adequada os interesses dos membros da classe[342], o que deve levar em consideração a capacidade técnica, a disponibilidade financeira, a ausência de conflito e a experiência na litigância coletiva, dentre outros requisitos[343]. No direito norte-americano, é importante frisar, essa avaliação atinge não apenas a parte, mas também o seu advogado, na forma da *Rule* 23(g) das *Federal Rules of Civil Procedure*[344-345].

---

[341]Rule 23. Class Actions (e)Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class—or a class proposed to be certified for purposes of settlement—may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (...) (2) Approval of the Proposal. If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and only on finding that it is fair, reasonable, and adequate after considering whether: (A) the class representatives and class counsel have adequately represented the class;

[342]Rule 23. Class Actions (a)Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (...) (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

[343]A doutrina norte-americana encarece a relevância da representatividade adequada, caracterizando-a como a "ponte" existente entre os titulares do direito subjetivo e o polo ativo da demanda: "The bridge spanning the gulf between the interests of class members and the actions of the class representative and class counsel is the doctrine of adequate representation. The doctrine handles two distinct problems, one of incompetence and one of indifference. 'Incompetence' concerns class representatives and class counsel who sincerely (whether for virtuous, deontological, altruistic, or utilitarian reasons) want to represent the interests of class members, but are incapable of effectively doing so because of insufficient financing, experience, talent, probity, or mental capacity. 'Indifference' concerns egoist class representatives and class counsel who are willing to represent the interests of class members only to the extent that such representations serve their own interests" (TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. **Texas Law Review**, v. 87, p. 1.151, 2009).

[344]Rule 23. Class Actions (g) Class Counsel. (1) Appointing Class Counsel. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:(A) must consider:(i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;(ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;(iii) counsel's knowledge of the applicable law; and(iv) the resources that counsel will commit to representing the class;(B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;(C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;(D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and(E) may make further orders in connection with the appointment. (2) Standard for Appointing Class Counsel. When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class. (3) Interim Counsel. The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action. (4) Duty of Class Counsel. Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

[345]Veja-se o comentário de Robert Klonoff *et alia* acerca da *Rule* 23(a)(4): "Under rule 23(a)(4), a court must find, as a prerequisite to class certification, that 'the representative parties will fairly and adequately protect the

Adaptando esse paradigma à realidade brasileira, a representatividade adequada "deve considerar todos os elementos – econômicos, estruturais, o histórico da tutela e outros", relacionados à defesa de direitos coletivos *lato sensu* ou individuais homogêneos[346]. No entanto, diferentemente do que ocorre no ordenamento jurídico norte-americano, essa análise deve ficar adstrita à parte, sem alcançar o advogado[347]. Isso tanto porque os legitimados para os processos estruturantes, em geral, possuem envergadura capaz de suplantar uma assimetria de informações em relação ao causídico, quanto principalmente porque não há nos processos estruturantes brasileiros a mesma proeminência que se confere ao advogado nas *class actions* norte-americanas, cuja ampla autonomia transforma-o praticamente em "dono" da causa[348].

Aplicando na prática o conceito de representatividade adequada, verifica-se que os autores individuais devem ser submetidos a um escrutínio maior do que os legitimados coletivos no âmbito dos acordos processuais em processos estruturantes. Com efeito, a natureza institucional do legitimado coletivo torna mais provável a existência de recursos financeiros para uma litigância que pode se demonstrar longa e custosa[349]. Além disso, é improvável que um litigante individual tenha grande desenvoltura no controle judicial de políticas públicas, se comparado a um co-legitimado experimentado nesse tipo de disputa. Por

---

interest of the class'. Although the Rule speaks only of the adequacy of the 'parties', courts had long extended the 23(a)(4) analysis to the attorneys representing the proposed class representatives. This interpretation is now reinforced by Rule 23(g), added in 2003, which requires the court to appoint class counsel who can 'fairly and adequately represent the interest of the class'" (KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K.; MALVEAUX, Suzette M. **Class actions and other multy-party litigation**: cases and materials.3. ed. Minnesota: West, 2012. p. 107.

[346] ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 233.

[347] Em sentido contrário, Sérgio Arenhart aponta a necessidade de que a representatividade adequada seja verificada "tanto em relação à parte legitimada, quanto, na medida do possível, ao seu advogado" (ARENHART, loc. cit.). O autor ressalva, no entanto, que "não cabe fazer esse tipo de avaliação dupla em relação aos representantes judiciais de entes públicos, sob pena de se autorizar a recusa do membro do Ministério Público, do advogado, do Poder Público ou do Defensor Público, ainda que a entidade seja aceita como legítima representante do interesse coletivo. Esse controle interno deve ficar, como é a indicação legal, para os órgãos devidamente investidos dessa atividade no seio do órgão em questão" (ARENHART, loc. cit.).

[348] "A second avenue of inquiry looks not to the alignment of interest within the class, but, rather, to the alignment of interest between the class and class counsel. Put differently, adequate class representation also concerns the adequacy of the principal-agent relationship itself. This second dimension proceeds on the premise that, oftentimes, the class representative is largely a figurehead as a functional matter – someone in whose name the class action nominally proceeds but who exercises little, if any, meaningful control over the conduct of the litigation. (...) Put bluntly, many class actions are lawyer-driven, not client-driven, lawsuits" (NAGAREDA, Richard A. **The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation**. New York: Foundation Press, 2009.p. 77-78).

[349]Segundo o art. 18 da Lei nº 7.347/1985, nas ações coletivas "não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais". Isso, porém, não afasta os honorários contratuais geralmente cobrados pelos competentes advogados que atuam – ou deveriam atuar – nos processos estruturantes.

fim, o autor individual pode sentir-se seduzido pela celebração de um acordo que o favoreça, omitindo ou induzindo o juízo a erro em relação a interesses possivelmente conflitantes[350].

Nesse contexto, deve-se emprestar especial atenção à necessidade de representatividade adequada em relação a toda a multiplicidade de interesses contidos dentro do mesmo grupo – os quais podem ser, como visto, até mesmo colidentes[351]. O acordo deve contemplar, dessa forma, uma solução de consenso para todos esses interesses, compensá-los de alguma maneira ou então apresentar justificativa razoável para que alguns deles não sejam atendidos. Caso se considere que a parte celebrante não preenche os requisitos necessários para a representação adequada de uma parcela dos interesses atingidos, o juízo poderá valer-se do auxílio de *amici curiae*, convocar audiência pública ou designar audiência especial para buscar esclarecimentos e verificar a retidão do acordo nesse ponto.

Em terceiro lugar, a legitimação para o acordo deve observar as regras pertinentes a cada negócio jurídico processual específico. Assim, no que concerne ao Termo de Ajustamento de Conduta, por exemplo, o art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985 refere-se a "órgãos públicos legitimados". Embora a expressão, no campo do Direito Administrativo, signifique "unidades abstratas que sintetizamos vários círculos de atribuições do Estado"[352], o conceito parece estender-se a todas as pessoas jurídicas de direito público e os seus órgãos autônomos.

---

[350]Veja-se as ponderações de Sérgio Arenhart acerca das vantagens e desvantagens associadas aos legitimados coletivos: "Já em relação aos órgãos coletivos, a grande vantagem está no fato de que, em razão de sua estrutura, comportam mais facilmente os custos da demanda coletiva. Porque em regra possuem ligação com a proteção de certo interesse específico, ou compõem a estrutura pública, diminui-se o risco de que possam abandonar a causa no seu curso, ou associar-se ilicitamente com a outra parte. Porém, esses entes têm o inconveniente da despersonalização na condução da causa. Vale dizer que, porque pode alterar-se o sujeito que conduzirá o processo (o representante do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Administração Pública ou mesmo da associação) poderá haver também alteração na forma e no interesse de levar adiante o feito. Ademais, essa modificação poderá também dificultar a sequência do processo, na medida em que o representante da entidade que assumir o encargo (nesse caso de alteração) terá que se por a par da situação, compreender a estratégia da demanda e, portanto, assumir atribuição que, até então, não era sua. (...) De outro lado, a legitimação desses órgãos públicos acarreta, não raro, a falta de engajamento na causa ou a falta de conhecimentos técnicos específicos na área a ser protegida" (ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 232).

[351] A doutrina norte-americana também se preocupa em evitar uma eventual inconsistência interna dentro do acordo: "In the class context, ranking possible outcomes is difficult because members of the client group may place very different value on different forms of relief. Even in a situation in which there are only two forms of possible relief, members of the class may disagree as to which they prefer. The problem is made all the more complex when attorneys seek to think creatively about alternative forms of relief. The greater the range of possible relief, the greater the opportunity for divergences in class members´ preferences" (MORAWETZ, Nancy. Bargaining, class representation and fairness. **Ohio State Law Journal**, v. 54, n. 01, p. 13, 1993).

[352] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

Estariam excluídas, portanto, as associações civis e as empresas estatais, dotadas de personalidade jurídica de direito privado[353].

Vale destacar que a vinculação dos titulares dos direitos subjetivos busca justificativa precisamente na legitimação para o acordo, reforçando a importância da sua correta aferição. Com efeito, em *Hansberry v. Lee*, a Suprema Corte dos Estados Unidos reafirmou que os limites subjetivos da coisa julgada formada na *class action* somente poderiam alcançar os titulares dos direitos subjetivos se os seus interesses tiverem sido adequadamente representados, como decorrência lógica do devido processo legal[354]. Transplantando essa

[353] Humberto Dalla e Bianca Farias oferecem um panorama geral sobre o tema: "A questão que surge a partir daí consiste em verificar quais entes são abrangidos pela norma na locução 'órgãos públicos'. Embora esse vocábulo remeta a um conceito técnico específico de direito administrativo, significando um centro de atribuições administrativas, sem personalidade jurídica, a lei parece ter adotado um significado mais amplo de órgãos públicos para dar ênfase às atribuições públicas de quem poderá promover a tutela extrajudicial desse direito. Frente a essa situação, a doutrina divide-se e diversos posicionamentos aparecem. Assim, uma primeira vertente é defendida em sede doutrinária por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, no sentido de que a lei concede legitimidade apenas aos órgãos públicos elencados, vedando sua fixação pelas associações. Uma segunda vertente, capitaneada por Hugo Nigro Mazzilli, entende ser necessária a subdivisão em: a) Entes que incontroversamente podem fixar o termo de ajustamento de conduta: aqui estariam incluídos, segundo o autor, o Ministério Público, a União, os estados, os municípios o distrito federal e os órgãos públicos. b) Entes que incontroversamente não podem fixar o termo de ajustamento de conduta: aqui incluir-se-iam as associações civis e as fundações privadas. c)Entes cuja legitimidade para fixação do compromisso de ajustamento de conduta é questionável: estariam aqui as fundações públicas, as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Isto porque, o que ocorre nessas situações, é a exploração da atividade econômica em situação análoga a das empresas privadas, daí questionar-se a isenção de tais entes para a persecução do interesse público. Não obstante a relevância desse posicionamento, tal raciocínio vem sendo mitigado em função da legitimidade reiteradamente reconhecida ao PROCON, que assume a feição jurídica de uma fundação pública em alguns estados. Uma terceira posição é sustentada por Geisa de Assis Rodrigues. Entende a doutrinadora que o termo de ajustamento de conduta pode ser fixado pelo Ministério Público, União, estados, municípios e distrito federal. Não poderia, por outro lado, ser fixado por empresas públicas, sociedade de economia mista e organizações sociais, posto que são pessoas jurídicas de direito privado, bem como pelas associações. Acrescenta a autora que caberia a cada Ministério Público fixar o termo de ajustamento dentro das suas atribuições mas, caso este viesse a ser celebrado por órgão ministerial desprovido de atribuição para tanto, ou por outro ente fora da pertinência temática das suas atribuições, não deveria ser o termo reputado nulo ou sem efeito" (FARIAS, Bianca Oliveira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei de ação civil pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. IV, p. 38-39, jul.-dez./2009).

[354]Hansberry v. Lee, 1940 (311 U.S. 32). É este o trecho que melhor reflete a opinião da Suprema Corte norte-americana acerca da representação adequada como fonte de legitimidade para a vinculação promovida pela coisa julgada: "It is evident that the considerations which may induce a court thus to proceed, despite a technical defect of parties, may differ from those which must be taken into account in determining whether the absent parties are bound by the decree or, if it is adjudged that they are, in ascertaining whether such an adjudication satisfies the requirements of full faith and credit. Nevertheless, there is scope within the framework of the Constitution for holding in appropriate cases that a judgment rendered in a class suit is *res judicata* as to members of the class who are not formal parties to the suit. Here, as elsewhere, the Fourteenth Amendment does not compel state courts or legislatures to adopt any particular rule for establishing the conclusiveness of judgments in class suits; nor does it compel the adoption of the particular rules thought by this court to be appropriate for the federal courts. With a proper regard for divergent local institutions and interests, this Court is justified in saying that there has been a failure of due process only in those cases where it cannot be said that the procedure adopted fairly insures the protection of the interests of absent parties who are to be bound by it". Comentando esse caso, Samuel Issacharoff destaca a natureza constitucional da questão: "there is no reason to believe, either as a matter of rules craftsmanship or case law or policy, that the concept of adequate representation present in the rules is anything other than the level of constitutional protection of absent class

mesma lógica para o âmbito dos acordos processuais nos processos estruturantes, a vinculação dos titulares do direito subjetivo à avença requer, diante do princípio do devido processo legal, a demonstração de legitimação para o acordo.

Ainda acerca da vinculação, no que diz respeito aos acordos que tenham como objeto a relação jurídica processual, não restam maiores dúvidas que os sujeitos dessa relação devem respeitá-los (desde que sejam válidos e eficazes, naturalmente). Já no que concerne aos acordos dirigidos à relação jurídica de direito material, o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, já mencionado, prevê a formação de coisa julgada material *erga omnes* ou *ultra partes* em se tratando de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, salvo no caso de improcedência por insuficiência de provas. Não é essa a hipótese da sentença que homologa uma transação (art. 487, III, *b*, do CPC), razão pela qual inexistiria, a princípio, atrito possível. Não é o que ocorre, porém, com os direitos individuais homogêneos, para os quais a coisa julgada *erga omnes* somente seria produzida no caso de procedência do pedido.

No entanto, uma solução mais abrangente pode ser vislumbrada a partir da relatividade subjetiva do acordo – isto é, da regra de que o negócio jurídico "só ata aqueles que dele participaram"[355]. Considerando que diversos são os legitimados para a tutela coletiva, torna-se perigosamente inseguro permitir, com base na relatividade, que o acordo seja futuramente questionado ou, pior ainda, que a mesma relação jurídica de direito material seja objeto de outro processo estruturante[356]. Por outro lado, como já pontuado, o acordo sobre a relação

---

member interests necessary to deem their virtual participation in litigation fundamentally fair" (NAGAREDA, Richard A. **The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation**. New York: Foundation Press, 2009.p. 76).

[355] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.p. 391.

[356]Encarecendo a importância da questão, note-se que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, inclusive, já se manifestou pela ausência de vinculação ao TAC dos demais legitimados para a propositura de ação coletiva. Veja-se: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DEMOLITÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA APÓS A FASE DE SANEAMENTO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 264 DO CPC. O ACORDO DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DIFERE DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. USO DE TERMINOLOGIA INADEQUADA. CORREÇÃO DO ERRO MATERIAL, SEM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Sustenta a recorrente que haveria contradição no julgado, uma vez que não foi conhecido o agravo interno interposto contra decisão que não admitiu a alteração da natureza da ação demolitória em ação civil pública, contudo, o acórdão homologou o TAC, instrumento próprio daquela ação. 2. A conclusão encontrada no acórdão embargado é clara e se firma no reconhecimento da validade do acordo firmado pelas partes e decorre da análise de todas as fases do processo. Preliminarmente, há que se deixar consignado que é direito do demandante promover a alteração dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir), antes da citação do réu (CPC, art. 264). Depois da citação, o autor somente poderá fazê-lo com o consentimento do demandado. Após o saneamento, não há hipótese de modificação objetiva da demanda pelo autor, ainda que tenha havido o consentimento do réu (parágrafo único do citado dispositivo). 3. A pretensão formulada é estritamente demolitória e buscou a solução de conflito originado pela violação a normas administrativas de natureza urbanísticas e ambientais, sob o enfoque da municipalidade. 4. Os presentes embargos merecem ser acolhidos em parte, apenas com o intuito integrativo e sem efeitos infringentes, uma vez

jurídica de direito material existe e vincula as partes independentemente de homologação judicial, a qual somente produz os efeitos processuais de extinguir o processo com resolução do mérito e formar a coisa julgada[357].

Conjugando essas premissas, chega-se à conclusão de que se deve promover a integração, ao acordo processual firmado entre as partes do processo, das demais pessoas igualmente legitimadas para o acordo, vinculando-as também a este. Para tanto, sugere-se, como regra, a intimação daquelas pessoas com antecedência razoável e com a informação de que as cláusulas do acordo não poderão ser discutidas posteriormente. Essa é a lógica seguida, por exemplo, pelo art. 23(e)(1) das *Federal Rules of Civil Procedure*[358], que exige que o juízo se dirija a todos os possíveis membros da classe que ficariam vinculados ao acordo, para que eles possam objetar os seus termos na forma do art. 23(e)(5) das *Federal Rules of Civil Procedure*[359]. É importante recordar, nesse contexto, não ser necessário que essas pessoas já estejam inseridas na relação processual: como já visto, é possível que o acordo processual acerca da relação jurídica de direito material, submetido à homologação judicial, inclua "sujeito estranho ao processo" (art. 515, II, c/c §2º, do CPC).

---

que não se reconhecerá a identidade do acordo homologado com o Termo de Ajustamento de Conduta, nem se transmutará a natureza da ação proposta. 5. Os termos utilizados para denominar os dois instrumentos não se confundem, apesar de envolverem ajustes relacionados à proteção ambiental, de natureza transindividual e difusa. É importante consignar que o "Acordo de Compensação Ambiental" somente é vinculativo às pessoas que participaram de sua confecção, devendo ser registrado que nem mesmo o Termo de Ajustamento de conduta (TAC), previsto na Lei nº 7.347/85, produz efeitos quanto aos legitimados ativos da tutela coletiva ali prevista, que deixaram de aderir ao aludido ato jurídico. 6. De toda sorte, o que se quer evidenciar é que, na hipótese dos autos, o ajuste visou afastar a responsabilidade por falta administrativa, ou seja, é uma faculdade concedida pelo órgão público que exercendo seu poder de polícia substituiu a cobrança de multa ou medida de embargo da obra pela obrigação de fazer de interesse para a proteção do meio ambiente. Não há, contudo, qualquer impedimento ao oferecimento de ação civil pública intentada pela embargante em face do réu, caso entenda existir justa causa para seu ajuizamento, por haver insatisfatória solução no ajuste mencionado. 7. Embargos de declaração conhecidos e parcialmente providos, para corrigir o erro material apontado, sem efeitos infringentes" (T.R.F. 2ª Região, Embargos de Declaração na Apelação Cível 2012.02.01.020351-3, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Fed. José Antonio Lisbôa Neiva, j. em 24 jun.2014, DJe 03 jul. 2014).

[357]Assim também ensina Humberto Theodoro Júnior: "Uma vez, porém, que o negócio jurídico da transação já se acha concluído entre as partes, impossível e a qualquer delas o arrependimento unilateral, mesmo que ainda não tenha sido homologado o acordo em juízo. Ultimado o ajuste de vontade, por instrumento particular ou público, inclusive por termo nos autos, as suas cláusulas ou condições obrigam definitivamente os contraentes (...)" (THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.p. 284.

[358]Rule 23. Class Actions (...) (e)Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. (…): (1) Notice to the Class. (A)Information That Parties Must Provide to the Court. The parties must provide the court with information sufficient to enable it to determine whether to give notice of the proposal to the class. (B)Grounds for a Decision to Give Notice. The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal if giving notice is justified by the parties' showing that the court will likely be able to: (i) approve the proposal under Rule 23(e)(2); and (ii) certify the class for purposes of judgment on the proposal.

[359]Rule 23. Class Actions (e)Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. (…): (5) Class-Member Objections. (A) In General. Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e). The objection must state whether it applies only to the objector, to a specific subset of the class, or to the entire class, and also state with specificity the grounds for the objection.

É bem verdade que tal providência tem sido rejeitada, em geral, pela jurisprudência. Veja-se o exemplo de um Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Ministério Público Federal e uma pessoa jurídica de direito privado, no âmbito de uma ação civil pública em que se alegava a existência de danos ambientais decorrentes de uma construção realizada em área de preservação permanente. Naquele caso, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região rejeitou o recurso interposto pelo Instituto Chico Mendes, que alegava não ter sido ouvido previamente à homologação do acordo, ao fundamento de que não havia obrigação legal de se proceder a tal oitiva[360].

O que não se tem percebido, contudo, é que, para além de vincular os demais co-legitimados, a intimação que ora se defende apresenta outras vantagens. Com efeito, as eventuais manifestações dos outros legitimados poderão despertar a atenção do magistrado para vícios no acordo ou para eventuais impactos indesejáveis da sua decisão. Além disso, a oitiva dos demais co-legitimados permitirá que as partes daquele processo em que foi celebrado o TAC antecipem alguns dos argumentos a serem suscitados por opositores em

[360] T.R.F. 2ª Região, Apelação Cível 2004.51.09.000483-0, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, j. em 02 mar. 2009, DJU 17 abr. 2009. O acórdão ficou assim ementado: "APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUALCIVILE DIREITO AMBIENTAL. COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. REQUISITOS DE VALIDADE. DESNECESSIDADE DE ANUÊNCIA DE CO-LEGITIMADO PARA AAÇÃOCIVILPÚBLICA. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICOFEDERAL. ART. 5°, LEI 7.437/85. 1. Conteúdo, aos requisitos e aos limites do ajustamento de conduta. 2.Aaçãocivilpúblicaconstitui 'o exercício do direito à jurisdição, pelo Ministério Público, entidade ou pessoa jurídica em lei determinada, com a finalidade de preservar o patrimônio público ou social, o meio ambiente, os direitos do consumidor e o patrimônio cultural, a ordem econômica e a economia popular, ou de definir a responsabilização por danos que lhes tenham sido causados'. 3. O objetivo do compromisso de ajustamento de conduta é readequar e conformar a conduta do degradador ou potencial degradador ao ordenamento jurídico em vigor, afastando o risco de dano ou recompondo os danos já causados. 4. Houve expressa limitação à legitimidade para firmar o termo de ajustamento de conduta, eis que somente é atribuído tal poder aos órgãos públicos co-legitimados ao ajuizamento da ação civil pública (e não a todos os legitimados para ajuizamento da ação civil pública). Buscou a lei evitar que determinadas pessoas jurídicas (notadamente as de direito privado) pudessem firmar compromisso de ajustamento de conduta com os potenciais ou efetivos degradadores, ainda que presentes os requisitos exigidos para a propositura da ação civil pública, como no exemplo das associações. Como se trata de acordo em sentido estrito, tendo como objeto direitos e bens indisponíveis, é perfeitamente legítima e constitucional tal limitação. 5. Não há, efetivamente, exigência da concordância de co-legitimado para a ação civil pública no que tange à homologação judicial do compromisso de ajustamento de conduta. 6. A única possibilidade de, eventualmente, não ser confirmada a homologação judicial do compromisso de ajustamento de conduta ocorrerá quando não houver adequação do acordo à reparação ou prevenção efetiva do dano ao interesse difuso ou coletivo (como no exemplo do meio ambiente), com a necessidade de suprimento ou reparação do compromisso. 7. Na eventualidade de o Apelante conseguir reunir elementos comprobatórios da danificação de curso d'água na localidade, a circunstância de ter sido homologado o compromisso de ajustamento de conduta não será obstáculo ao ajuizamento de ação civil pública. O certo é que, no âmbito desta ação civil pública, todas as medidas possíveis, no contexto das circunstâncias verificadas e provadas, foram adotadas e previstas no termo de ajustamento de conduta. 8. A expressão 'ajustamento de conduta', tal como empregada pelo legislador ao se referir ao TAC, é emblemática, eis que 'o instituto se propõe unicamente a fazer com que as pessoas físicas e jurídicas possam se adequar ao que determina a legislação'. 9. Daí a impossibilidade de se confundir o compromisso de ajustamento de conduta com a transação, este instituto típico do Direito Civil, relacionado aos interesses disponíveis. 10. Apelação conhecida e improvida".

potencial – podendo levar, quiçá, ao abandono do acordo. Por fim, tal providência poderá evitar litígios futuros ou a interposição de recursos, aumentando a probabilidade de pacificação social[361].

Mesmo que de maneira incipiente, todos esses benefícios parecem ter sensibilizado o Min. Ricardo Lewandowski, que, antes de chancelar o acordo processual na ADPF 165, determinou a publicação do pedido de homologação e do respectivo instrumento em Diário Oficial, invocando o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor. Segundo o Ministro Relator, essa providência deu-se "como garantia de transparência e de efetivo controle democrático por parte dos cidadãos". Além disso, destacou o Min. Ricardo Lewandowski, na mesma decisão, que a pertinência da homologação era reforçada não apenas pela publicização em tela, mas também pela "admissão de inúmeros *amici curiae*, cujas manifestações foram cuidadosamente levadas em consideração na elaboração desta decisão", bem como "pela fiscalização do *custos legis*, o Ministério Público"[362].

Por fim, vale repetir que a legitimação do juiz para o acordo dependerá do comprometimento de algum dos seus poderes, da criação de algum dever, ou, ainda, na hipótese de expressa previsão legal. Nesses casos, naturalmente, não há que se perquirir se há ou não "representatividade adequada" do magistrado, cuja participação no acordo decorre da própria investidura no cargo. Por outro lado, é importante recordar que a celebração do acordo processual pelo juiz está submetida ao seu juízo de conveniência e oportunidade, diferenciando-se, aí, da atividade homologatória: enquanto a primeira é discricionária, a segunda é um ato vinculado, que permite apenas a aferição do preenchimento dos pressupostos de existência e dos requisitos de validade do negócio jurídico[363].

---

[361] Humberto Dalla e Bianca Farias têm entendimento semelhante: "Ademais, antes do encerramento do procedimento, deveriam ser ouvidos os demais legitimados, pois podem contribuir de alguma forma, bem como se pode evitar o ajuizamento posterior de outras demandas por co-legitimados que venham a considerar que o Compromisso não resolve adequadamente a questão, gerando as intermináveis discussões acerca de litispendência e coisa julgada que se vê hoje em dia. Ou seja, como se trata de uma instância de consenso, é preciso dar oportunidade para que todos possam se manifestar e contribuir; mais vale atrasar um pouco o fechamento do Termo a fim de que se previna incidentes posteriores" (FARIAS, Bianca Oliveira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei de ação civil pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. IV, p. 39,jul.-dez./2009).

[362] ADPF 165, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 15 fev. 2018, DJe 19 fev. 2018.

[363] A natureza vinculada do ato de homologação é praticamente unânime na doutrina. Cf., por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. III, p. 307: "Se o ato estiver formalmente perfeito e a vontade das partes manifestada de modo regular, é dever do juiz resignar-se e homologar o ato de disposição do direito, ainda quando contrário à sua opinião. (...) Penetrar no conteúdo do ato importaria violação à liberdade negocial e aos preceitos com que a lei institui a eficácia vinculante dos contratos (CC, arts. 427 ss.)". O mesmo não se diga, porém, do exame de conveniência e oportunidade em participar de um acordo processual. Isso porque, antes de ingressar na avença, o juiz deve avaliar, subjetivamente, se a proposta de flexibilização realmente promoverá uma maior efetividade do processo

3.2 **Acordos sobre a relação jurídica de direito material no processo estruturante**

3.2.1 A formalização do acordo processual

Considerando que os processos estruturantes podem ter lugar em procedimentos relacionados à tutela coletiva ou à tutela individual de direitos coletivos, não há forma específica que deva necessariamente exteriorizar os acordos processuais sobre a relação jurídica de direito material que sejam neles realizados[364]. No entanto, dado que, pelas circunstâncias acima apontadas, os processos estruturantes inclinam-se na direção das ações coletivas – as quais, por sua vez, são deflagradas majoritariamente por pessoas jurídicas de direito público ou seus órgãos autônomos[365] – o mais comum é que a autocomposição nesse âmbito tome corpo através dos já referidos Termos de Ajustamento de Conduta previstos no art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985[366].

---

na sua opinião, podendo recusar-se a aceita-lo caso entenda pela negativa. A hipótese do calendário processual é emblemática nesse sentido, eis que o magistrado pode, a seu juízo, entender que os prazos indicados para a marcha processual não são factíveis no cartório que está sob o seu comando, diante do volume ou da complexidade dos outros feitos.

[364] Especificamente acerca dos Termos de Ajustamento de Conduta, destacam Humberto Dalla e Bianca Farias que "[q]uanto aos requisitos formais, dispõe a doutrina inexistirem exigências expressas, como ocorre, de ordinário, em todos os atos administrativos, salvo exceções expressas, como, por exemplo, as contidas no artigo 76-A da Lei 9605/98 e na Lei 8884/94" (FARIAS, Bianca Oliveira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei de ação civil pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. IV, p. 37, jul.-dez./2009).

[365] Em seu estudo sobre o acesso à justiça, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro realizou interessante pesquisa de campo, na qual constatou que, entre 1987 e 1996, mais de 60% das ações civis públicas no foro central da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro haviam sido ajuizadas pelo Ministério Público estadual (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 204). Embora os dados não sejam recentes, eles confirmam o que se observa na praxe: se não a maioria, ao menos as ações civis públicas com maior impacto – e, por consequência, também os acordos mais importantes – contam com a participação do *Parquet*.

[366]Isso não impede que as pessoas de direito privado que demonstrem possuir legitimação para o acordo celebrem uma transação, sujeita a homologação nos termos do art. 487, III, *b*, do CPC. Seja como for, destacam Humberto Dalla e Bianca Farias que "uma vez atingida a finalidade social pretendida por meio a celebração do respectivo compromisso, passa a ser secundária a questão relativa à legitimidade do órgão que o fixou. O que nos parece realmente relevante é a anuência do Ministério Público, caso não seja ele o formulador da proposta. Isto porque o legislador constitucional reserva ao Parquet a missão de velar pelos direitos sociais. Em outras palavras, como na tutela coletiva o Compromisso vai repercutir direta ou indiretamente na vida de milhares ou milhões de pessoas, sendo certo que não é possível ouvir cada um nos autos para dizer se está de acordo e se considera a proposta razoável, caberia ao M.P. esse papel" (FARIAS, Bianca Oliveira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei de ação civil pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. IV, p. 38-39, jul.-dez./2009).

De acordo com esse dispositivo da Lei de Ação Civil Pública, o acordo processual que assuma a forma de Termo de Ajustamento de Conduta produzirá um "título executivo extrajudicial'. Não obstante a redação do mencionado dispositivo, não resta dúvida de que o acordo também pode alcançar a envergadura de título executivo judicial, se submetido à homologação, nos termos do art. 487, III, *b*, do CPC (o qual, como visto, não se resume às transações de Direito Privado). Com efeito, "nada obsta que as partes aquiesçam na submissão do compromisso à homologação judicial por juízo competente, o que lhe conferirá a eficácia de título executivo judicial e o sujeitará ao regime do cumprimento de sentença"[367].

E não poderia ser diferente. Isso porque o elemento teleológico da interpretação revela que o objetivo da lei, nesse ponto, foi o de emprestar maior firmeza ao acordo firmado extrajudicialmente, e não subtrair garantias daqueles que chegam a bom termo no transcurso do processo judicial. Ou seja, a intenção, aqui, foi a de promover maior segurança jurídica e efetividade ao Termo de Ajustamento de Conduta, beneficiando-o com o acesso imediato à via executiva, ao invés de submetê-lo à tortuosa e incerta fase de conhecimento. Além disso, o estudo sistemático da Lei nº 7.347/1985 e do CPC revela que tanto a decisão homologatória de autocomposição judicial quanto a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza produzem títulos executivos judiciais (art. 515, II e III, do CPC). Não há razão para impor ao TAC uma *capitis deminutio*[368].

Esse entendimento encontra eco, inclusive, na jurisprudência. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região debruçou-se sobre o tema em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, na qual, durante o curso do procedimento, houve a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta com um dos réus[369]. Com o acordo em mãos, o *Parquet* requereu a

---

[367] CAMBI, Eduardo. Compromisso de ajustamento de conduta: um eficaz instrumento à disposição do Ministério Público para a implementação de políticas públicas e à efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Revista dos Tribunais**, v. 908, p. 113, 2011.

[368] Humberto Dalla e Bianca Farias fazem, nesse contexto, importante alerta para o juízo antes da homologação: "Impende destacarmos que aqui se apresentam outras duas opções sobre a sorte da ação de conhecimento quando no curso desta o termo é fixado. A primeira delas aponta para a suspensão do processo judicial até o atendimento pleno das obrigações contidas no compromisso. A segunda, por sua vez, sugere a imediata homologação do termo e a extinção do processo com julgamento do mérito. Parece-nos que as duas possibilidades são admissíveis e a realidade de cada situação é que determinará a solução mais adequada. Entretanto, quando o cumprimento do acordo depender de evento futuro, como o resultado de um estudo técnico específico, consideramos mais prudente que o processo seja suspenso até a definição precisa das obrigações do réu, sob pena do compromisso tornar-se inócuo e ser necessário o ajuizamento de nova ação civil pública destinada à reparação dos danos não abrangidos pelo primeiro instrumento celebrado". E prosseguem os autores, em nota de rodapé, para assinalar – com razão – que "nesta hipótese, o ajuizamento de nova ação civil pública para que o dano fosse inteiramente reparado, implicaria em novos gastos e dispêndio de tempo, o que depõe contra a celeridade processual e contraria os preceitos orientadores do instituto ora em tela (FARIAS; PINHO, op. cit., p. 43).

[369] T.R.F. 1ª Região, Apelação Cível 0003792-95.2004.4.01.3802, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Fagundes de Deus, j. em 21 set. 2011, DJe 07 out. 2011. Essa é a ementa do acórdão: "PROCESSUAL CIVIL. DIREITO

suspensão do feito e fez juntar plano de recuperação da área degradada. Diante da ausência de ulterior manifestação das partes, o juízo de primeiro grau extinguiu o processo sem resolução do mérito, ao fundamento de que teria havido perda superveniente do interesse em agir. Contra essa sentença foi interposta apelação pelo Mistério Público, alegando *error in procedendo* e necessidade de homologação da avença, para haver a extinção do processo com resolução do mérito.

Embora tenha julgado prejudicada a apelação, o acordão homologou diretamente o Termo, extinguindo o processo com resolução do mérito. Como destacado de maneira autoexplicativa no voto do Relator, "a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC no curso da instrução processual, com o escopo específico de pôr fim à ação civil pública, enseja a extinção do processo, com resolução do mérito, a teor do art. 269, III, do CPC". Em outras palavras, ao TAC homologado em juízo é assegurada a natureza de título executivo judicial.

Se o Termo de Ajustamento de Conduta é um acordo processual, é importante que o magistrado, antes de homologá-lo, certifique-se de que houve a livre manifestação de vontade pela autoridade competente, protegendo-a contra eventuais mecanismos ilegítimos de coação. Um defeito dessa natureza pode ocorrer especialmente em pequenos municípios, desprovidos de um órgão de advocacia pública estruturado e capacitado para orientar adequadamente o Chefe do Poder Executivo municipal (ou os titulares das respectivas pastas) quanto às cláusulas do acordo.

Embora seja incomum, a identificação desse vício, que dependerá do caso concreto, não é inédita. O Superior Tribunal de Justiça deparou-se com situação dessa natureza no REsp 802.060[370], em que uma das partes celebrantes do Termo de Ajustamento de Conduta alegava ter sido coagida pelo representante do *Parquet* a se comprometer a reflorestar uma área degradada e a doar um computador a uma agência ligada à Secretaria Estadual de Agricultura.

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO CURSO DA DEMANDA JUDICIAL. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR SUPERVENIENTE PERDA DO OBJETO. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DO AJUSTE, ENSEJANDO A EXTINÇÃO COM EXAME DO MÉRITO. 1. A celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC no curso da instrução processual, com o escopo específico de pôr fim à ação civil pública, enseja a extinção do processo, com resolução do mérito, a teor do art. 269, III, do CPC. Descabe, assim, extinguir-se o feito, sem exame do mérito, por perda do interesse processual. 2. De todo modo, não é o caso de anular a sentença com o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito, para fins de homologação do acordo. Isso porque, noticiado o cumprimento do ajuste pelo MPF não se justifica a devolução do feito à origem. 3. Remessa oficial provida para, reformando a sentença, homologar o termo de ajustamento de conduta firmado entre as partes e julgar extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC. Apelação do MPF prejudicada".

[370]REsp 802.060, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17 dez. 2009, DJe 22 fev. 2010.

O vício no negócio jurídico foi reconhecido pelo acórdão do Tribunal de Justiça, em sede de embargos infringentes. Contra essa decisão tanto o Estado quanto o Ministério Público interpuseram recurso especial.

Após afirmar que "é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia" do Termo de Ajustamento de Conduta, assentou o Min. Luiz Fux que "é nulo o título subjacente ao termo de ajustamento de conduta cujas obrigações não foram livremente pactuadas". Ao concluir pela nulidade do acordo, destacou o Min. Relator que, na hipótese dos autos, foi verificado que o comparecimento da recorrida ao órgão ministerial "para 'negociar' o Termo de Ajustamento de Conduta, se deu à guisa de incursão em crime de desobediência", estando ela desacompanhada de advogado.

É importante relembrar que a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta pode ser facilitada pela utilização da mediação e da conciliação, como consta expressamente do art. 174, III, CPC, e 32, III, da Lei nº 13.140/2015, os quais tratam das câmaras destinadas à solução administrativa de conflitos. O acordo na ADPF 165 – que cuidava da violação de direitos individuais homogêneos dos poupadores como consequência dos planos econômicos –, por exemplo, foi precedido de mediação realizada pela Advocacia Geral da União. Embora a hipótese não verse a respeito de um processo estruturante, o caso demonstra a eficácia da mediação inclusive em sede de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Um último ponto merece destaque nesse tópico. Embora o Termo de Ajustamento de Conduta seja um acordo processual precipuamente destinado a disciplinar a relação jurídica de direito material, nada impede que ele também seja um veículo de acordos dirigidos à relação processual. Aliás, é até bom que o faça, pois, dessa maneira, provavelmente haverá uma integração melhor entre o direito subjetivo que se pretende proteger e a forma de sua implementação – especialmente quanto à supervisão do cumprimento da decisão judicial, da qual se falará mais adiante.

3.2.2 O conteúdo do acordo

Não há, no âmbito dos processos estruturantes, critérios normativos claros guiando as partes na celebração dos seus acordos sobre a relação jurídica de direito material, orientando-

as para que obtenham a máxima satisfação do direito violado. Essa ausência de contornos prefixados exige um esforço adicional das instâncias de controle[371], dentre as quais se inclui o juiz, diante de um Termo de Ajustamento de Conduta trazido para sua homologação[372]. O mesmo problema se coloca em outros ordenamentos: veja-se que a *Rule* 23(e)(2) das *Federal Rules of Civil Procedure* também não oferece balizas objetivas para aprovação judicial de acordos em *class actions*, apenas exigindo que eles sejam "*fair, reasonable and adequate*"[373].

Contudo, é possível, sim, extrair um conteúdo mínimo para tal acordo a partir das premissas postas em evidência ao longo deste estudo. Em primeiro lugar, conforme se observa no próprio elemento gramatical da interpretação do §6°, do art. 5º, da Lei n. 7.347/1985, o TAC deve servir para o ajustamento da conduta do réu às exigências legais. Portanto, em homenagem à vinculação do Estado ao princípio da juridicidade[374], somente é possível a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta se houver indícios razoáveis de que o(s) réu(s) estava(m) efetivamente violando a legislação ou a Constituição, e que as obrigações impostas são suficientes para preservar ou restabelecer o direito subjetivo violado. A verificação do preenchimento desse requisito, previamente à homologação, é fundamental para se evitar que o processo estruturante seja utilizado para a prática de atos ilegais, sob a chancela do Judiciário.

Tratando especificamente da necessidade de as cláusulas do Termo estarem ajustadas à tutela do direito subjetivo violado, em caso já mencionado neste estudo (e embora repelindo

---

[371] Humberto Dalla e Ludmilla Vidal também enfatizam que "tomando por base a inexistência de limites prefixados, poderia ser interessante que o CAC fosse remetido às instâncias deliberativas das instituições competentes ao seu oferecimento, sendo recomendável a normatização interna sobre a nova prática" (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta. **Revista de Processo**, v. 256, p. 399, jun./2016). Em outro ponto do mesmo artigo, os autores indicam que "negociar sobre o próprio direito transindividual demanda, em nosso sentir, a existência de instâncias de controle. Nesse aspecto, o compromisso de ajuste de conduta deverá ser remetido aos órgãos de deliberação dos colegitimados institucionais ao seu oferecimento, que na esfera do Ministério Público são os seguintes: i) Conselho Superior do Ministério Público, no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais; ii) Câmara de Coordenação e Revisão, no âmbito de cada Ministério Público da União, desde que ressalvada a competência originária do procurador-geral da República para determinados casos; iii) Conselho Superior do Ministério Público Federal nas situações que versarem sobre a competência originária do procurador-geral da República". (Ibid., p. 389).

[372] Richard Posner, atuando como juiz do *7th Circuit*, enfatizou o dever fiduciário do magistrado para com os titulares do direito subjetivo: "[w]e and other courts have gone so far as to term the district judge in the settlement phase of a class action suit a fiduciary of the class, who is subject therefore to the high duty of care that the law requires of fiduciaries" (Reynolds v. Beneficial Nat. Bank, 288 F.3d 277, 279-80 (7th Cir. 2002)).

[373] Richard Nagareda destaca que, diante da vagueza da linguagem do artigo, "the substantive standard for settlement approval – a finding that the settlement is 'fair, reasonable, and adequate' – builds upon judicial precedents under the original subsection (e)". Ou seja, as bases para a aprovação judicial dos acordos devem ser buscadas nos precedentes judiciais, inexistindo parâmetros legais seguros (NAGAREDA, Richard A. **The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation**. New York: Foundation Press, 2009. p. 438).

[374] Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 142.

apelação interposta pelo Instituto Chico Mendes), o Tribunal Regional Federal da 2ª Região reconheceu que "a única possibilidade de, eventualmente, não ser confirmada a homologação judicial do compromisso de ajustamento de conduta, a meu juízo, ocorrerá quando não houver adequação do acordo à reparação ou prevenção efetiva do dano ou interesse difuso ou coletivo"[375]. Ou seja, "o termo de ajustamento de conduta tem por objeto a conformação às exigências da lei vigente ao momento da ocorrência da ameaça ou da violação do direito transindividual"[376].

Em segundo lugar, o Termo de Ajustamento de Conduta no processo estruturante deverá conter, necessariamente, uma medida estruturante que mimetizará uma política pública[377]. É dizer: a medida estruturante deve compreender um plano de ação, no qual são definidos objetivos, parâmetros de atuação e metas a serem alcançadas; o treinamento dos agentes públicos, a quem deve ser conferida alguma dose de discricionariedade, para que ajam de acordo com os objetivos do plano; e um mecanismo de autocorreção dessa atuação, verificando-se o cumprimento das metas e diagnosticando-se eventuais falhas. Além disso, é

---

[375] T.R.F. 2ª Região, Apelação Cível 2004.51.09.000483-0, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, j. em 02 mar. 2009, DJU 17 abr. 2009.

[376] FARIAS, Bianca Oliveira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei de ação civil pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. IV, p. 41, jul.-dez./2009.

[377] A rigor, tanto na hipótese de acordo quanto na de uma decisão judicial condenatória, a medida estruturante deve ter essas características. Veja-se, por exemplo, os comentários de Francisco Verbic sobre a medida estruturante no caso Mendoza: "El contenido de este mandato fue estrictamente delimitado por la Corte, quien se ocupó de subrayar que su sentencia 'se orienta hacia el futuro' y se circunscribe a fijar 'criterios generales' para cumplir con el objeto de la pretensión. En este punto puede advertirse una consciente autorrestricción de parte de la CSJN, quien puso de manifiesto expresamente la necesidad de evitar un avance indebido sobre la esfera de actuación de los otros poderes del Estado. Es por ello que el mandato obligatorio dejó en manos de los demandados la elección de las acciones concretas que fueran necesarias para cumplir los objetivos allí trazados. Los criterios generales fijados por la Corte fueron precisados como integrantes de un 'programa' que fue considerado como necesario para garantizar la eficacia en la implementación de la sentencia. Las principales características del contenido de dicho programa fueron resumidas por la CSJN en los siguientes términos: 'un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control'" (VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa Mendoza: antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Anales da Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales U.N.L.P.**, n. 43, p. 273, 2013). Naquele plano, foram estabelecidos três objetivos: (*i*) melhoria da qualidade de vida da população; (*ii*) recomposição do meio ambiente; e (*iii*) prevenção de danos com suficiente grau de previsibilidade. A partir desses objetivos, foram traçadas diversas medidas, tais como a organização de um sistema de informações para o público; a realização de inspeções em todas as empresas sediadas na bacia; a execução de medidas necessárias para interromper o depósito de lixo em aterros sanitários; o estabelecimento de um plano sanitário de emergência etc. Essas medidas foram organizadas em um cronograma e os *deadlines* previam a existência de uma multa diária sobre o Presidente da ACUMAR. A execução foi delegada a um juízo de primeira instância, em decorrência da necessidade de se manter a racionalidade na agenda e o maior grau de proximidade entre a magistratura e os fatos, bem como o elevado número de incidentes processuais (Cf. Ibid., p. 274-275).

imperiosa a designação da fonte de custeio para a implementação do plano, sob pena de o Termo de Ajustamento de Conduta tornar-se um "acordo de papel"[378].

A elaboração de um plano de monitoramento, aliada a uma proposta de indicadores ambientais, por exemplo, permitiu, mediante sucessivos acordos na já citada "ACP do Carvão", o estabelecimento de um cronograma para a recuperação ambiental da área degradada[379]. Nessa mesma linha, em um caso ocorrido no estado norte-americano de Utah[380] envolvendo o acolhimento de menores, aprovou-se um acordo contendo um plano de ação ("*Performance Milestone Plan*") no qual foram definidos os objetivos que o Estado deveria atingir de forma a incrementar a proteção e o bem-estar das crianças em situação de vulnerabilidade. Cada um desses objetivos possuía um papel no processo de (*i*) identificar as causas para as falhas na política pública até então existente; (*ii*) definir uma forma de atendimento das necessidades prioritárias; (*iii*) supervisionar a atividade dos agentes públicos; (*iv*) verificar a adequação das ações projetadas; e (*v*) corrigir eventuais desvios e aprender a partir das experiências práticas[381].

Resta, ainda, uma dúvida acerca do quão específicas devem ser as ações definidas no plano. Osvaldo Canela Júnior, dando o exemplo da construção de uma escola, aduz que o provimento "deverá ser o mais preciso possível, a fim de que restem poucos atos de materialização a serem ultimados, não se permitindo novas delongas previsíveis na cadeia lógico-consequencial, tais como eventuais deliberações legislativas e executivas de alto conteúdo discricionário"[382]. Entretanto, deve-se levar sempre em consideração que todas as providências do acordo não serão cumpridas imediata e simultaneamente. Imagine-se, por exemplo, um acordo que preveja a construção de um anexo a uma unidade destinada ao cumprimento de medidas socioeducativas, detalhando todas as características do novo prédio.

---

[378] Esses mesmos elementos são mencionados por Desirê Bauermann: "Ademais, verificamos que alguns fatores são imprescindíveis para que o sucesso das medidas impostas pelo Judiciário seja alcançado, como a nomeação de expert na área de atuação da instituição na qual se procede à intervenção, determinação de um plano claro de ação, preferencialmente sinalizando a via de saída do Judiciário de papel de interventor, como também recursos financeiros suficientes para que as obras sejam realizadas" (BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 96-97).

[379] ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, p. 14, jul.-dez./2015. Disponível em:<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em 26 dez. /2018.

[380] David C. v. Leavitt, 13 F. Supp. 2d 1206 (D. Utah 1998).

[381] A íntegra do "Performance Milestone Plan" encontra-se disponível em: <http://www.hsdcfs.utah.gov/pdf/milestone.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

[382] CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 160.

Caso, ao longo da obra, seja constatado que o imóvel foi sub ou superdimensionado, um outro acordo seria necessário para estabelecer novamente os critérios a serem cumpridos[383].

Sendo assim, parece ser mais adequado defender, para garantir o seu êxito, que o plano preveja a flexibilidade das ações concretas, até mesmo para que sejam corrigidas mediante a reavaliação promovida pelo mecanismo de autocorreção[384]. Esse raciocínio é uma decorrência lógica da abordagem experimentalista de que já se falou, na qual parâmetros rígidos são substituídos por modelos de atuação presumidamente adaptáveis à realidade concreta, e os agentes públicos são induzidos a informar falhas no plano e a reportar a performance alcançada, permitindo o aprendizado pelo monitoramento[385]. Charles Sabel e William Simon, tendo analisado diversos casos de processos estruturantes nos Estados Unidos, identificam uma clara tendência de incorporação desse tipo de modelagem nos últimos anos[386].

---

[383] A hipótese não é bizantina: trata-se de um comentário de um colega da Procuradoria do Estado de São Paulo, durante uma exposição no XLIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, a respeito de um caso que teria ocorrido naquela unidade federativa envolvendo a Fundação Casa (antiga Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor – FEBEM). Segundo o referido colega, tal providência havia sido determinada em uma decisão judicial, mas os procedimentos necessários à obra somente foram iniciados anos depois, quando a construção do anexo já se mostrava desnecessária. Essa situação de fato apenas corrobora a importância de uma solução consensual nos processos estruturantes, viabilizando que as partes moldem tanto o conteúdo das obrigações a serem cumpridas quanto o próprio ritmo de execução.

[384] Essa percepção foi muito bem apreendida por Marcela Pereira Ferraro, ao tratar da coisa julgada nos processos estruturantes: "Para além da eventual possibilidade de ser diferenciada a tutela do direito das técnicas processuais para efetivá-la, é preciso notar, por exemplo, que uma decisão que determina a criação de 200 mil vagas pela Administração Pública não pode ficar congelada, porque é ao longo do tempo e com a experiência que se vai modelando e percebendo a necessidade" (FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural.** Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, 2015. p. 191-192).

[385] William Simon e Charles Sabel falam da sucessão do esgotamento do regime de comando-e-controle (*command-and-control*): "The distinctive characteristic of experimentalist incentive design concerns the behavior it is calculated to induce. In command-and-control regimes, incentives are calculated to induce compliance with specific conduct the regulator has determined to be optimal. In minimalist regimes, sanctions are designed to induce performance along one or a very few easily measured dimensions, such as CO2 emission reduction. The distinctive goal of experimentalist incentive design is to induce actors to engage in investigation, information sharing, and deliberation about problems with multiple dimensions that are only dimly understood. This aim sometimes leads regulators away from sanctions likely to cause actors to hide information or to take defensive adversarial postures in dealings with regulators. Thus, an experimentalist regime is less likely to impose harsh monetary or criminal penalties for unintentionally harmful conduct under vaguely defined standards and more likely to impose them for failing to make or execute plans or to report performance" (SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Minimalism and Experimentalism in the Administrative State. **Georgetown Law Journal**, v. 100, p. 81-82, 2011).

[386]Cf. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, p. 1.052-1.053, fev./2004 ("In all of these areas, though to varying degrees, there has been a tendency for remedial practice to move away from command-and-control toward experimentalist methods. It is possible that this tendency has partly been a function of changes in substantive issues. For example, in prison litigation, many cases in the 1970s and 1980s focused on crowding. Today's cases more commonly focus on inmate medical care. It is much easier to formulate specific directives for crowding than for medical care. To some extent, however, the move reflects a general sense of the inadequacy of command-and-control approaches. Courts found they lacked both the information and the depth and range of control to properly

Em terceiro lugar, não se pode esquecer que os processos estruturantes trazem em si obrigações de trato sucessivo, cuja duração irá prolongar-se por anos ou, talvez, décadas. O cumprimento do acordo provocará a mudança na própria realidade fática, e fará surgir novas questões de fato e de direito, que, com o tempo, serão resolvidas pelo juízo[387]. Por isso, embora os parâmetros de atuação devam ser flexíveis, é importante que as partes prevejam com clareza os objetivos a serem alcançados e as metas a serem cumpridas, para evitar a eternização do feito, sob pena de o processo tornar-se mais um esqueleto atrás dos escaninhos da Justiça. Em suma, deve haver uma cláusula extintiva no acordo, para que, cedo ou tarde, se considere adimplida a obrigação pelo Poder Público.

3.3 **Acordos sobre a relação jurídica processual no processo estruturante**

Ninguém ajuíza uma ação para obter (ou apenas para obter) uma decisão judicial. Embora os escopos do processo não se resumam a solucionar corretamente o caso concreto[388], uma das dimensões do direito de acesso à justiça é precisamente realizar a pretensão de direito material[389].Para tanto, o direito de acesso à justiça exige que o processo seja efetivo, assim

---

formulate and enforce command-and-control injunctions. Moreover, command-and-control interventions exacerbated resistance on the part of defendants--or at least, top-down measures had little capacity to neutralize such resistance").

[387] Nesse sentido, cf. as ponderações de Owen Fiss (que, como referido, rejeita a solução consensual nos processos estruturantes): "Structural injunctions do not last for a day. They institute changes within the organization that are assumed, at least at the moment they are created, to be permanent. Over time, however, changes are likely to occur in the operations of the prison system, and the parties, sometimes the plaintiffs, sometimes the defendants, will seek modification of the original injunction. The plaintiffs might claim that the injunction is not effective and more stringent measures need to be instituted to protect against torture. Or the defendants might insist that the danger that led to the establishment of the torture watchdog-agency gas abated and that the operation of the agency should be wound down. New interveners might also have proposals for changes or modifications." (FISS, Owen M. To make the Constitution a living truth: Four Lectures on the Structural Injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 605). Tais considerações apenas reforçam, mais uma vez, que a solução correta não está em rejeitar o acordo no processo estruturante, mas sim em prever ações flexíveis, porém com metas e objetivos bem definidos.

[388] Para Cândido Rangel Dinamarco, "o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais", não se limitando ao escopo jurídico. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 330.

[389]Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a expressão "acesso à justiça" "serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos" (CAPPELLETTI, Mauro;

entendido "aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material"[390]. Sendo assim, o processo deve (*i*) ser capaz de reconstituir os fatos com fidedignidade; (*ii*) possuir instrumentos de tutela adequados e acessíveis; e (*iii*) permitir o alcance mais próximo possível da utilidade prática do direito material, com o mínimo possível de efeitos colaterais[391].

Ao longo deste trabalho, demonstrou-se que o processo estruturante possui peculiaridades que o diferenciam da relação jurídica processual tradicional (e do procedimento que lhe dá forma). Essas particularidades são fruto da difícil missão de resolver os conflitos associados à relação jurídica de direito material da qual ele é instrumento. Considerando que a importância dos acordos processuais é diretamente proporcional à complexidade do litígio, nada mais coerente do que reconhecer que os acordos processuais possuem, aqui, ainda maior relevância[392]. Nesse contexto, ao disciplinarem o modo de ser do processo estruturante, os acordos processuais que têm como objeto a relação jurídica processual dirigem-se a três campos principais: (*i*) à comprovação de uma violação sistêmica; (*ii*) à ordem dos atos processuais; e (*iii*) ao estabelecimento de meios executivos. Cada um desses tópicos merece especial atenção.

3.3.1 Acordos sobre matéria probatória

Como já afirmado, a necessidade de desenvolvimento de um processo estruturante decorreu da existência de violações sistêmicas, que demandavam uma solução holística. Essa situação de fato, portanto, deve ser objeto de prova no processo estruturante. Em outras palavras, a prova – aqui entendida tanto como o meio de comunicação de informações (o

---

GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 08).

[390] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 49.

[391] Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. In: ____. **Temas de Direito Processual**. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.p. 197-198.

[392]Esse reconhecimento também é notado por Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi: "O panorama de democratização do processo e de valorização da vontade das partes acima narrado alcança o direito processual como um todo e, se nas demandas em geral possui grande relevância, em demandas de natureza complexa, como as que envolvem a efetivação de políticas públicas, alcança notas de essencialidade" (RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 147).

meio de prova) quanto como a atividade humana destinada à sua produção (o procedimento probatório)[393] – deve recair sobre a questão fática a respeito da existência ou não da violação sistêmica de direitos[394].

Para tanto, é essencial que os acordos processuais em matéria probatória sejam voltados para individualizar a quem cabe produzir a prova, para uma abertura do procedimento a dados de realidade transmitidos por terceiros e para uma melhoria na colheita da prova[395]. Todos esses fatores contribuirão para uma decisão judicial mais bem informada e, por conseguinte, mais justa. Dessa maneira, ganham importância os acordos sobre a distribuição do ônus da prova, bem como sobre aspectos da atividade probatória especialmente interessantes para o deslinde da controvérsia[396].

---

[393] Flávio Mirza também realça a multiplicidade de conceitos de prova: "De todo modo, conforme exposto no início do tópico, vale deixar consignado que o vocábulo prova tanto designa um conjunto de atividades de verificação e demonstração dos fatos relevantes para o julgamento, no intuito de formar o convencimento do juiz, como também é utilizado para referir-se ao resultado das atividades probatórias. (...) Ainda numa terceira acepção, designa os meios de prova" (MIRZA, Flávio. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Tributo a Afrânio Silva Jardim**: escritos e estudos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 207). Leonardo Greco, por sua vez, emprega a palavra "prova" em cinco acepções: "Provas são, em primeiro lugar, os fatos probantes, os fatos representativos, ou seja, os fatos que apresentam circunstâncias das quais se extrai o conhecimento dos fatos probandos. Provas são também todos os meios de comunicação que transmitem os fatos probantes ou os fatos probandos ao conhecimento do julgador. Na prova judiciária, são os testemunhos, os documentos, os laudos periciais ou quaisquer outros, ainda que não previstos ou regulados em lei (CPC, art. 332). Provas são as atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, através das quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu julgamento. Na prova judiciária é o procedimento probatório, com todos os seus atos de proposição, admissão e produção. Provas são ainda os argumentos ou inferências desenvolvidos racionalmente, com base em deduções, induções, máximas de experiência ou presunções, para influir no julgamento da existência dos fatos. Prova é, por fim, o conclusivo acertamento da existência ou não dos fatos probandos, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador com base em todos os elementos anteriores" (GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 04-05, n. 04-05, p. 229-230, 2003-2004).

[394] Objeto de prova são os fatos relevantes, isto é, segundo Leonardo Greco, "aqueles dos quais as partes podem extrair consequências jurídicas favoráveis às suas pretensões, os fatos jurígenos, os fatos constitutivos do direito do autor e os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos daquele direito, para o réu. Esses são os fatos que devem resultar provados ou que às partes interessa que fiquem provados, os fatos probandos, que, em geral, são apontados como objeto da prova" (Ibid., p. 243).

[395] Em sentido análogo, Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi: "No campo cognitivo, considerada a relevância e a repercussão social, econômica e política dos temas submetidos à apreciação judicial, por exemplo, deve o procedimento ser estruturado da forma mais democrática possível e permitir, ainda, o aprofundamento da fase probatória, inclusive se utilizando de meios atípicos de prova" (RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 150).

[396] A possibilidade de limitação dos meios de prova por acordos processuais é tormentosa na doutrina. Defendendo-a, inclusive com vinculação do juiz, sob o fundamento de que o poder instrutório deste seria subsidiário ao das partes, cf. JOBIM, Marco Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 18, jan.-abr./2017.

Quanto ao primeiro ponto, o ônus da prova pode ser definido como "o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato"[397]. O art. 373, I e II, do CPC, contém uma distribuição legal do ônus da prova, que funciona como "regra de encerramento do processo, apta a viabilizar o julgamento pelo juiz"[398]. No entanto, o §3º desse dispositivo – a exemplo do que já constava do art. 333, Parágrafo único, do Código revogado – admite um acordo processual para a redistribuição do ônus da prova, salvo se ela recair sobre direito indisponível da parte[399] ou se tal encargo mostrar-se excessivo.

Nos processos estruturantes, o polo passivo estará, muitas vezes, mais bem aparelhado para demonstrar a ocorrência de um determinado fato constitutivo do direito do que o próprio autor. Imagine-se a comprovação da demora no atendimento das agências do Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS espalhadas em um estado da federação. O autor dessa demanda dificilmente teria elementos para demonstrar a violação ao direito dos beneficiários da previdência social a uma adequada prestação do serviço (art. 5º, da Lei nº 13.460/2017). Nessa hipótese, as partes poderiam convencionar caber à autarquia previdenciária demonstrar se houve ou não essa demora excessiva, com base nas imagens produzidas pelas câmeras de segurança do local, por exemplo.

A distribuição convencional do ônus da prova pode ser incrementada pela delimitação consensual das questões de fato "sobre as quais recairá a atividade probatória", conforme permitido pelo art. 357, §2º, do CPC (cuja vinculação depende de homologação judicial, conforme expressamente previsto na parte final do dispositivo). Com essa conjugação, evita-se que, nos processos estruturantes, tal atividade se debruce "sobre fatos não controvertidos

---

[397] DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 11, n. 2, p. 131, 2017.

[398] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários ao art. 373.In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 373.

[399] A superação desse óbice dá-se com base nas explicações anteriores acerca da substituição do dogma da indisponibilidade pelo critério da existência de direitos passíveis de autocomposição: "A previsão legal deve ser encarada como limitadora da convenção entre as partes sobre aspectos probatórios relativos a fatos envolvendo direitos que não admitam autocomposição. Assim, plenamente viável a convenção das partes a respeito de aspectos probatórios que recaiam sobre questões que admitam autocomposição como, por exemplo, o valor necessário para o caso de determinadas pretensões envolvendo alimentos, ou mesmo a comprovação de determinados fatos envolvendo discussão sobre a eficiência de determinada forma de cumprimento de demandas coletivas, por exemplo. Se a regra de distribuição de ônus da prova sobre o qual se está a convencionar recair sobre elementos passíveis de autocomposição, entende-se não haver empecilho jurídico para a sua celebração. Assim, a regra do art. 373, §3º, I, CPC/15 deve ser lida em conjunto com a redação da cláusula geral de negociação atípica, que atualiza a expressão 'direitos indisponíveis' por 'direitos que admitam autocomposição', como já se abordou acima" (RODRIGUES; GISMONDI, op. cit., p. 170).

ou sobre fatos que não terão impacto no convencimento do magistrado"[400]. Além disso, o julgador pode adicionar a essa combinação o chamado "saneamento compartilhado" ou "comparticipativo", previsto no art. 357, §3º, do CPC, exemplo de aplicação do princípio da cooperação em causas de elevada complexidade[401].

Em relação à atividade probatória em si, a abertura consensual do procedimento aos sujeitos da relação jurídica de direito material pode ser produtiva para fins de esclarecimento dos fatos efetivamente ocorridos. Com efeito, a par da possibilidade de o magistrado designar, *sponte propria*, audiência pública para a oitiva de eventuais interessados e audiência especial para elucidar alguma questão, é possível que as próprias partes confiem que pessoas com especial conhecimento dos fatos – *v.g.*, líderes comunitários de locais desprovidos de rede de esgoto, em um processo estruturante envolvendo obras de saneamento básico– sejam capazes de fornecer informações fidedignas ao juízo. Nada impede, portanto, que, por acordo processual, as partes indiquem essas pessoas para serem ouvidas em audiência, concretizando uma verdadeira escolha consensual de testemunhas[402].

Por outro lado, ainda que a sua presença possa ser de elevada importância para pluralizar o debate, não é possível que as partes, sem a participação do juiz, firmem um acordo processual para determinar a convocação de *amici curiae*. Isso porque a utilização ou não dessa figura está inserida na discricionariedade do magistrado, conforme dispõe o art. 138

---

[400] RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 166.

[401] Cf. MEDEIROS NETO, Elias Marques de; FURLAN, Simone. A audiência de saneamento compartilhado do art. 357, §3º, do CPC/2015 e os princípios da cooperação e efetividade. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 18, n. 3, set.-dez./2017. Destacam os autores, em passagem elucidativa: "o processo melhor organizado, com a delimitação também clara do objeto da controvérsia e que foi prévia e amplamente discutida entre os sujeitos do processo, evita a produção de provas inúteis ou desnecessárias, aumenta a possibilidade de autocomposição e diminui as chances de interposição de recurso fundado em equívoco na apreciação pelo juiz ou invalidade por ofensa ao contraditório. Na esteira desse entendimento, tem-se na realização da audiência de saneamento compartilhado uma providência (um instrumento processual) que tanto otimiza o andamento do processo, quanto propicia uma certa estabilidade da matéria no que diz respeito a eventuais questionamentos e o direcionamento das provas pertinentes a serem produzidas. Assim, pode-se compreender que esses institutos garantem maior efetividade do processo, ao zelar e proporcionar pela celeridade e economia processual (duração razoável do processo) em busca de uma decisão de mérito justa e eficaz (primazia de decisão de mérito). Seguindo esse raciocínio, tem se que, na fase de organização e saneamento do processo, o dever de cooperação do magistrado está também indissociavelmente ligado ao princípio da efetividade processual" (Ibid., p. 352-353).

[402] Negócios processuais acerca da produção de prova testemunhal não são estranhos à doutrina. Eduardo Talamini defende que "as partes podem pactuar que a ouvida de testemunhas será feita em audiência específica para tal fim, antes da produção da prova pericial" (TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: notas sobre os negócios jurídicos processuais. p. 12. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>. Acesso em 09 jan. 2018). Fredie Didier, por sua vez, admite acordo para limitar o número de testemunhas (DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia – RBA**, ano 1, v. 1, p. 67, abr.-jun./2016).

do CPC e consta da iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[403]. Podem as partes, no entanto, provocar o juiz a exercer esse poder ou mesmo convidá-lo a integrar um acordo nesse sentido, já que, pela sua própria natureza, o processo estruturante trata de matéria relevante, possui um objeto específico e cuida de controvérsia dotada de repercussão social[404].

Por fim, ainda no campo da atividade probatória, diante das especificidades técnicas presentes na formatação das políticas públicas, é importante recordar que o art. 471 do CPC permite expressamente a escolha consensual do perito (o que pode ser estendido a uma equipe multidisciplinar deles, como já referido). Além disso, o réu interessado em demonstrar a sua boa-vontade pode firmar acordo processual atípico tanto para concordar com a dispensa de assistente técnico – confiando no perito que ele mesmo escolheu – quanto para pactuar uma *disclosure* voluntária dos inúmeros documentos que se encontram em seu poder, colocando-os à disposição do juízo[405]. Esses documentos, inclusive, podem servir de base para estudos estatísticos[406] aptos a demonstrar a (ir)regularidade da conduta que se pretende reprimir, tal como ocorreu no citado caso *Floyd v. City of New York*[407].

---

[403] Veja-se, por todos, o decidido pelo STF na ADI 5108 AgR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 20 fev. 2018, DJe 07 mar. 2018, em acórdão com a seguinte ementa: "EMENTA Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade. Decisão de indeferimento de ingresso de terceiro na qualidade de amicus curiae. Possibilidade. Poderes do ministro relator. Agravo não provido. 1. A atividade do amicus curiae possui natureza meramente colaborativa, pelo que não existe direito subjetivo de terceiro de atuar como amigo da Corte. 2. O relator, no exercício de seus poderes, pode admitir o amigo da corte ou não, observando os critérios legais e jurisprudenciais e, ainda, sua capacidade de efetivamente contribuir para a pluralização do debate. 3. Na hipótese dos autos, outras entidades com deveres, interesses e poderes de representação coincidentes já haviam ingressado na qualidade de amici curiae, não se mostrando conveniente, por razões de racionalidade e economia processual, a intervenção da agravante. 4. Agravo regimental não provido".

[404] Paulo Cezar Pinheiro Carneiro esclarece esses critérios, exigidos pelo art. 138, *caput*, do CPC: "A relevância da matéria, por si só, já indica um possível impacto da decisão no âmbito da comunidade. Já a especificidade do tema pode estar ligada a situações eminentemente técnicas, científicas ou mesmo sociais, que poucas pessoas ou órgãos dominam; indica que uma decisão proferida neste campo poderá ter grande impacto para a sociedade e poderá servir de *leading case* para futuros processos. Já a repercussão social da controvérsia tem na sua própria definição a justificativa para servir de requisito à intervenção do *amicus curiae*" (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao art. 138.In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 251).

[405] O Enunciado nº 19 do FPPC admite esses dois tipos de acordos processuais atípicos, dentre outros que ainda serão mencionados neste estudo: "São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso; acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si".

[406] Leonardo Greco possui uma compreensão ampla sobre a prova estatística, como se observa dessa passagem: "Grande parte dos estudos e análises científicos utilizados nos processos judiciais são o que se poderia chamar de provas estatísticas, ou seja, métodos empíricos de observação de fatos que em grau elevado têm revelado coincidências, permitindo extrair da existência de uns a provável existência de outros. Perícias contábeis, testes

3.3.2 Acordos sobre a sequência dos atos processuais

No que diz respeito à sequência dos atos processuais, a complexidade inerente aos processos estruturantes pode justificar modificações na ordem do procedimento, para que este último esteja mais adequado às necessidades dos primeiros. Isso é um corolário da visão de que o formalismo processual deve ter como norte a apresentação de uma resposta justa em tempo razoável[408]. Dessa maneira, a possibilidade de construção de um procedimento pelas próprias partes é uma mera decorrência do princípio da adequação – sendo certo que o próprio juiz poderia usar o princípio da adaptabilidade para ajustá-lo ainda mais ao caso concreto[409].

---

de DNA, laudos sobre danos ambientais ou sobre a nocividade de produtos entregues ao consumo, por exemplo, nada mais são do que provas estatísticas, cuja confiabilidade sempre apresenta alguma margem de erro e depende essencialmente da aplicação rigorosa das regras de segurança do método científico de realização desses estudos. Como juízos de probabilidade, e não de certeza, por mais reduzida que seja a sua margem de erro, não podem jamais ser tidos como prova plena. Além da necessária verificação pelo juiz dos seus pressupostos metodológicos, que é totalmente omitida entre nós, deve o juiz sempre admitir a produção da contraprova, que nunca pode ser considerada inútil" (GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. **Scientia Juris**, v. 5-6, p. 119-120, 2001-2002). No entanto, um conceito tão abrangente a respeito da prova estatística acaba por aproximá-la demais de praticamente qualquer prova que exija um conhecimento técnico ou científico, ou seja, da prova pericial. Sobre essa relação entre estatística e prova pericial, cf. MIRZA, Flávio. Notas sobre a avaliação da prova pericial: resgatando a causalidade. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. XIV, jul.-dez./2014.

[407] Nessa mesma linha, Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi: "Outro aspecto probatório relevante dos processos envolvendo a efetivação de políticas públicas está na maior intensidade de utilização dos meios atípicos de prova. Tal como observado por Didier Jr., Braga e Oliveira, com fundamento no art. 369 do CPC/15, são exemplos de meios de prova atípicos: a prova estatística, a prova por amostragem, a cibernética ou mesmo a reconstituição de fatos. Possível, ainda, para além da previsão de produção de provas atípicas (e sua regulamentação), como a prova por amostragem ou por estatística, a dispensa consensual de assistente técnico (com significativa redução temporal do procedimento) e o pacto de disponibilização prévia de documentação (*disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas, por exemplo" (RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 171).

[408] A expressão "formalismo-valorativo" ficou consagrada nos escritos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Cf., por todos os escritos do autor, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 26, p. 65, 2006.

[409] Ambos os princípios foram abordados em conjunto por Fredie Didier, que destaca: "Inicialmente, a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiossincrasias do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. (...) Nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de melhor tutelar o direito material. O excessivo rigor formal talvez tenha sido um dos grandes responsáveis pelo descrédito do sistema de tutela jurisdicional dos direitos. Eis que aparece o princípio da adaptabilidade" (DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo**: adequação e adaptabilidade do procedimento. p. 5 e 11. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019).

Nesse cenário, o primeiro acordo processual que merece atenção é aquele que prevê a dilação de prazos processuais. Veja-se que o art. 222, §1º, do CPC, apenas permite expressamente a redução dos prazos peremptórios mediante a conjugação da vontade das partes e do juiz. Nada impede, porém, que os próprios litigantes promovam a dilação desses prazos – o que, aliás, poderia ser feito até mesmo por ato unilateral do julgador, nos termos do art. 139, IV, do CPC[410]. Um indício da provável necessidade dessa ampliação nos processos estruturantes consta do art. 7º, §2º, III, da Lei nº 4.717/1965, que permite a prorrogação do prazo de contestação na ação popular, tendo em mira a complexidade da defesa[411]. A mesma lógica deve orientar os acordos direcionados a outros atos, como é o caso da ampliação do tempo de sustentação oral[412].

Talvez o acordo mais famoso, o calendário processual, previsto no art. 191 do CPC, também encontra campo fértil nos processos estruturantes. Essa "calendarização" do processo[413] permite que as partes preestabeleçam as datas para a prática dos atos processuais, oferecendo vantagens como a previsibilidade, a aceleração e a organização do processo[414]. Quanto maior a complexidade da causa, maior o espectro de tais vantagens. Veja-se, assim, que no Direito Processual francês, o calendário serve para "atender à complexidade, a fim de

---

[410] Também reconhecendo a possibilidade de negócio jurídico processual atípico para o aumento de prazos, o já transcrito Enunciado 19 do FPPC.

[411]Essa também é a percepção de Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi: "Em demandas de natureza complexa, como é o caso dos processos civis de interesse público, os prazos processuais possuem especial relevância. Isso porque, considerada a complexidade das circunstâncias a serem certificadas, pode-se fazer necessária, por exemplo, a majoração do prazo de apresentação de contestação ou de manifestação sobre o laudo pericial, por exemplo. Casos que envolvem milhares de páginas de documentação, com a realização de perícias complexas, com a participação de diversos especialistas, não podem se submeter ao mesmo prazo processual que demandas simples, individuais e sem grandes questões" (RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 171).

[412] Diz o Enunciado 21 do FPPC: "São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais". No mesmo sentido, v. DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia – RBA**, ano 1, v. 1, p. 62, abr.-jun./2016.

[413] Neologismo presente, dentre outros escritos, em WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 18, n. 3, p. 241, set.-dez./2017.

[414]Nesse sentido, Leonardo Carneiro da Cunha: "O calendário permite às partes conhecer a possível duração do processo, com previsão cronológica do momento em que deve ser proferida a sentença. Sua previsão no Código de Processo Civil é inspirada no critério de velocidade, evitando-se atos protelatórios. Além de instrumento destinado a acelerar o processo, o calendário processual é técnica que serve à organização e à previsibilidade do processo. A dispensa da intimação das partes é a principal finalidade do calendário processual" (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. p. 23. Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em 11 jan. 2019).

que o tempo do processo seja proporcional à complexidade da demanda"[415]. Da mesma maneira, o art. 81-bis do Código de Processo Civil italiano também determina que a fixação do calendário processual pelo juiz, ao decidir sobre a matéria probatória, deve observar a natureza, a urgência e a complexidade do caso[416].

Não há razão para supor que no Direito brasileiro isso seria diferente: nos processos estruturantes, o prévio conhecimento dos momentos em que serão praticados determinados atos processuais pode ser fundamental para o sucesso na adequada resolução do conflito. Isso porque o agendamento propiciado pelo calendário não apenas viabiliza que os sujeitos do processo se preparem com antecedência para determinado evento – uma audiência ou uma inspeção judicial, por exemplo –, como também reduz os "tempos mortos" da marcha processual, ao suplantar as intimações prévias (§2º do art. 191) e evitar a paralisação injustificada do feito[417].

É importante salientar que a calendarização no processo estruturante é admissível tanto na fase de conhecimento quanto na fase de cumprimento da sentença. Na primeira etapa, é mais provável que diga respeito à produção probatória, a qual, como visto, ocupa posição central, dada a necessidade de identificação de uma violação sistêmica. No momento do cumprimento, o calendário processual deverá indicar os prazos em que o atendimento às obrigações previstas no título executivo será reportado ao juízo, viabilizando o desempenho da sua atividade de supervisão – e a eventual imposição de medidas coercitivas aos recalcitrantes.

Além disso, ainda no âmbito do cumprimento de sentença, o calendário processual pode servir para orientar o curso do procedimento nas hipóteses em que as obrigações e os respectivos prazos não fiquem suficientemente definidos no título executivo. Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi citam como exemplo obrigações relacionadas à retirada de pessoas de área de risco: o calendário processual na fase de cumprimento poderia definir os prazos, a responsabilidade e as condições relativos ao cadastramento dessas pessoas, ao

---

[415]COSTA, Thaís Mendonça Aleluia da. **A contratualização do processo civil francês**: um novo horizonte para a adequação processual. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da UFBA, Salvador, 2012.p. 115.

[416] BODART, Bruno Vinícius da Rós; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns apontamentos sobre a Reforma Processual Civil italiana – sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (org.). **O novo Processo Civil brasileiro** – Direito em expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 46.

[417] A preocupação com os "tempos mortos" do processo foi externada por parte da Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto do CPC, conforme se observa da sua Exposição de Motivos (Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em 11 jan. 2019).

inventário de seus bens, às contratações para a preparação do novo local para recebê-las, ao abrigo provisório ou pagamento de aluguéis etc.[418]

Há, por fim, outros acordos processuais típicos de menor expressão passíveis de impactar na condução do procedimento, tais como aqueles destinados ao adiamento da audiência (art. 362, I, do CPC), à divisão do tempo para os debates orais (364, §1º, do CPC) e à suspensão do processo (art. 313, II, do CPC). Acerca deste último negócio jurídico, a sua utilidade reside em permitir que as partes firmem algum acordo processual concernente à relação jurídica de direito material, sem temer que o prosseguimento do feito possa promover uma realocação dos recursos entre as partes. Ou seja, a suspensão convencional do processo permite o estudo de eventuais propostas de acordo "sem o risco de preclusão temporal ou da necessidade de se praticar determinado ato incompatível com a autocomposição"[419].

3.3.3 Acordos sobre os atos executivos

3.3.3.1Acordos sobre meios executivos típicos e atípicos

Os acordos processuais têm especial aplicação no que concerne aos atos executivos, isto é, aos atos praticados durante a fase de satisfação da obrigação reconhecida em um título executivo. A incidência dos acordos processuais nesse quadrante dá lugar a uma "execução negociada", a qual, "compreendida a 'execução' em termos amplos como 'efetivação' ou 'implementação' da decisão, significa implantação acordada do comando estampado no título

[418] RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 162-163.

[419]Ibid., p. 163. E prosseguem os autores, afirmando, com razão, que "nas causas envolvendo a efetivação de políticas públicas, a suspensão do processo por vezes se mostra necessária, especialmente quando, no curso do procedimento, surge circunstância em que os agentes políticos que conduzem o governo possam, por exemplo, avaliar o conteúdo proposto e, se for o caso, se reunir com os demais membros e equipes técnicas para avaliação e eventual solução consensual do litígio. Ademais, pode ocorrer a suspensão, como forma de garantir prazo dilatado para o cumprimento de uma fase administrativa necessária para a satisfação de decisão judicial – por exemplo, um período de tempo em que o processo fica sobrestado em função da realização de todo um procedimento licitatório" (Ibid., p. 164).

executivo, uma *soft judicial execution*"[420]. Dessa maneira, permite-se a construção de soluções personalizadas pelas próprias partes para o cumprimento das decisões judiciais, o que é fortalecido pela regra da disponibilidade da execução (art. 775 do CPC)[421].

Na esteira da crise da execução[422], Eduardo José da Fonseca Costa acentua que o "dia a dia forense tem mostrado, assim, que a execução forçada não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública"[423], gerando apenas desgaste das partes entre sie com o juízo – isso quando não gera, também, a oneração dos cofres públicos em razão da incidência de *astreintes*[424]. Sendo assim, a execução negociada mostra-se especialmente útil para o cumprimento das múltiplas obrigações "em casos de natureza complexa, em que a prestação não se satisfaz com uma única conduta do executado, mas sim com diversas condutas de diversos executados, simultaneamente ou não"[425]. E essa execução negociada é concretizada não apenas com o calendário processual, já referido, mas também com outros acordos processuais típicos e atípicos.

Note-se que a legislação processual prevê expressamente acordos processuais típicos sobre atos executivos. É o caso, por exemplo, do acordo para alienação de bem penhorado, previsto no art. 730 do CPC, e do pacto para impenhorabilidade de bens, do art. 833, I, do CPC. Dessa forma, nos processos estruturantes, será possível a exclusão voluntária, do âmbito

---

[420] DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. **Revista de Processo**, v. 275, p. 198, jan./2018.

[421] Ibid., p. 194.

[422] Nesse sentido, cf. GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. In: ____. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. Essa crise é confirmada pelas estatísticas: de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, "a fase de conhecimento, na qual o juiz tem de vencer a postulação das partes e a dilação probatória para chegar à sentença, é mais célere que a fase de execução, que não envolve atividade de cognição, mas somente de concretização do direito reconhecido na sentença ou no título extrajudicial. (...) Para receber uma sentença, o processo leva, desde a data de ingresso, o triplo de tempo na fase de execução (4 anos e 11 meses) comparada à fase de conhecimento (1 ano e 7 meses)" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018. p. 147. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.)

[423] COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 59, p. 117, 2016.

[424] Em outra lúcida passagem, Eduardo José da Fonseca Costa traz reflexão acerca das dificuldades concretas associadas à execução nos processos voltados para o controle judicial de políticas públicas: "não raro, na execução de sentenças condenatórias de implantação de políticas públicas, o roteiro é repetitivo: o juiz fixa um prazo intuitivo, o prazo é extrapolado, o Ministério Público protesta, o juiz fixa multa diária, o réu pede mais prazo, as multas acumulam-se até cifras milionárias e a obrigação de fazer continua sendo descumprida ou cumprida de forma parcial ou insatisfatória" (Ibid., p. 114).

[425] RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 162.

da responsabilidade patrimonial de uma estatal prestadora de serviço público[426], de determinado bem considerado importante para o seu funcionamento, ainda que ele não seja evidentemente essencial[427].

Seja como for, a grande utilidade dos acordos processuais para os processos estruturantes está naqueles acordos considerados atípicos. Isso porque nos processos estruturantes não se persegue o cumprimento de uma única obrigação de fazer, não fazer ou dar, mas sim de uma conjugação delas, formando uma complexidade obrigacional de difícil enquadramento na moldura legal. São, em suma, "prestações múltiplas que fogem à estruturação tradicional das obrigações (credor, prestação de dar, fazer ou não fazer, e devedor)", e que "exigem a participação de inúmeros sujeitos, órgãos, com diversos atos paralelos e/ou sequenciais, que se prolongam no tempo"[428].

Desse modo, é possível que as partes prevejam, por exemplo, que uma determinada conta bancária será objeto de constrição, em caso de não realização das previsões orçamentárias necessárias para se implementar a medida estruturante[429]. Com esse

---

[426] O STF exige o preenchimento de alguns requisitos cumulativos para que uma empresa estatal cumpra suas obrigações com base no rito próprio dos precatórios. São eles: (*i*) a prestação de serviço público; (*ii*) operação em regime de exclusividade; e (*iii*) ausência de intuito lucrativo. Cf., por todos, o RE 627.242 AgR, Primeira Turma, Rel. p/ o acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. em 02 mai. 2017, DJe 25 mai. 2017, cujo acórdão foi assim ementado: "Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPANHIA ESTADUAL DE SANEAMENTO BÁSICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. EXECUÇÃO PELO REGIME DE PRECATÓRIOS. 1. Embora, em regra, as empresas estatais estejam submetidas ao regime das pessoas jurídicas de direito privado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que "entidade que presta serviços públicos essenciais de saneamento básico, sem que tenha ficado demonstrado nos autos se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública que competiria com pessoas jurídicas privadas ou que teria por objetivo primordial acumular patrimônio e distribuir lucros. Nessa hipótese, aplica-se o regime de precatórios" (RE 592.004, Rel. Min. Joaquim Barbosa). 2. É aplicável às companhias estaduais de saneamento básico o regime de pagamento por precatório (art. 100 da Constituição), nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro. 3. Provimento do agravo regimental e do recurso extraordinário".

[427] Caso o bem seja essencial à prestação do serviço público, ele será impenhorável, independentemente de pertencer a pessoa jurídica de direito privado. Confira-se: "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. BEM ESSENCIAL À EXECUÇÃO DO SERVIÇO. IMPENHORABILIDADE. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se orientou no sentido de que são penhoráveis os bens das concessionárias, desde que a constrição judicial não comprometa a execução do serviço público. Espécie em que o bem penhorado e levado à hasta pública (imóvel sede da empresa pública, onde funciona toda a área administrativa) é essencial à prestação do serviço público. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp 439718, Primeira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 11 mar. 2014, DJe 19 mar. 2014).

[428] RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 150.

[429] Essa também é a opinião de Fredie Didier Jr. e Antonio Cabral, que discorrem a respeito da eleição voluntária de uma ordem de bens a penhorar: "A penhora de dinheiro é prioritária. A primeira parte do § 1º do art. 835 do CPC é clara nesse sentido, apontando para a aparente impossibilidade de o órgão julgador relativizar a ordem se houver penhora em dinheiro. Se assim fosse, inevitavelmente deveria ser cancelado o Enunciado 417 da Súmula do STJ: 'Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto'. Sucede que o dinheiro pode, realmente, não ser o bem a ser prioritariamente penhorado. Não pelas razões dos

direcionamento de eventual penhora, permite-se uma gestão mais organizada dos recursos públicos disponíveis, imprescindíveis não apenas para a política pública objeto de controle, mas também para outros programas do Estado. Pode-se, ainda, estabelecer qual será o prazo razoável para cumprimento da obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, após o qual incidirá a multa cominatória prevista no art. 537 do CPC[430].

Além disso, a execução negociada pode ir além, contendo atos executivos que fujam da modelagem predefinida na legislação processual. Isto é, os acordos processuais atípicos podem resultar na adoção de meios executivos típicos (ou seja, aqueles já previstos no ordenamento) ou atípicos (atos de natureza executiva que não foram minudenciados no Código de Processo Civil ou na legislação processual extravagante)[431]. Para chegar à conclusão de que as partes podem idealizar novas espécies de atos executivos, mais apropriados ao cumprimento da obrigação pretendida, deve-se compreender, antes, a evolução da atipicidade dos meios executivos.

Ainda sob a égide do CPC/1973, em função da atividade eminentemente satisfativa desempenhada em sede de execução, a doutrina foi paulatinamente reconhecendo a

---

precedentes que geraram o enunciado da súmula – que se atinham à discussão sobre a imperatividade ou não da ordem estabelecida pelo art. 655 do CPC/1973, correspondente ao art. 835 do CPC/2015, mas pelo fato de haver outras regras que mitigam essa prioridade. Há ao menos quatro situações em que isso pode vir a acontecer atualmente: i) o credor escolhe outro bem a ser penhorado – e essa escolha não se revela abusiva, nos termos do art. 805 do CPC; ii) há negócio jurídico processual que defina previamente o bem a ser penhorado (típico, como nos casos do art. 835, § 3º, do CPC – créditos com garantia real; ou atípico, com base no art. 190 do CPC); iii) o executado oferece fiança bancária ou seguro-garantia judicial, em valor 30% superior ao crédito (art. 835, § 2º, do CPC) – a lei equipara o dinheiro a essas duas garantias para fim de penhora; iv) o credor exerceu direito de retenção sobre um bem, que deve ser o penhorado nos termos do art. 793 do CPC" (DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. **Revista de Processo**, v. 275, p. 208, jan./2018).

[430] Para Fredie Didier e Antonio Cabral, apesar de não ser possível que as partes convencionem impedindo que o juiz imponha a própria multa em si – já que se trata de um dever de zelar pela efetividade da jurisdição –, elas poderiam estabelecer voluntariamente que não a executarão, caso se reverta em seu favor: "As partes não podem deliberar, por convenção, que o juiz não utilizará alguns meios de coerção para pressionar o litigante a cumprir uma decisão (não podem, v.g., limitar o valor das *astreintes*; não podem também impedir ou limitar a aplicação de multas para sancionar a litigância de má-fé). É que o uso da multa pecuniária não só diz respeito a prerrogativas do Estado-juiz para emprestar às suas decisões a efetividade necessária, evitando que a própria autoridade estatal fique desacreditada, mas também porque certas multas podem ser impostas *ex officio* pelo juiz, sendo que algumas revertem em favor do Estado ou da União (art. 96 do CPC). A vontade das partes pode até permitir que não executem o valor apurado pela multa pecuniária ou que renunciem convencionalmente à sua cobrança quando esta reverte a favor da parte contrária; contudo, não lhes é permitido convencionar a respeito do poder do juiz de fixá-la" (Ibid., p. 203).

[431] Fredie Didier e Antonio Cabral também realçam a aplicação das convenções processuais nesse contexto: "Do mesmo modo, é plenamente admissível que, por convenção processual, as partes já aceitem o uso (i) das medidas atípicas como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão que condena ao pagamento de quantia (arts. 523 e ss. do CPC), ou (ii) de determinadas medidas atípicas, que se transformariam em medidas típicas de origem negocial – o que autoriza a conclusão de que a criação de medidas executivas atípicas pode ser por obra das próprias partes, e não apenas do juiz, numa harmoniosa combinação entre as cláusulas gerais executivas (Ibid., p. 205).

possibilidade de adoção de meios heterodoxos para se alcançar o cumprimento da obrigação reconhecida na sentença. Em outras palavras, diante da constatação de que a lei processual não é capaz de conter todas as formas de satisfação de um direito material, "o chamado princípio da tipicidade dos meios executivos foi cedendo espaço ao chamado princípio da concentração dos poderes de execução do juízo ou princípio da atipicidade"[432].

A par das lições doutrinárias, a atipicidade dos meios executivos encontra-se claramente incorporada à codificação processual brasileira ao menos desde o advento da Lei nº 8.952/1994. Este diploma legal modificou a redação do art. 461, do CPC/1973, e nele introduziu um §5°, permitindo que fossem adotadas as "medidas necessárias" para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente. Esse dispositivo – posteriormente modificado pela Lei nº 10.444/2002, para nele incluir a multa dentre o arsenal colocado à disposição do magistrado – deixava claro que os meios executivos nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa (às quais o citado §5° do art. 461 aplicava-se subsidiariamente, nos termos do art. 461-A, §3º, do CPC/1973) eram quaisquer medidas necessárias para a satisfação da obrigação[433].

Da mesma forma, antes mesmo da entrada em vigor do Código atual, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de assentar, no REsp 1.423.898, a atipicidade dos meios executivos[434]. Tratava-se, na espécie, de interdito proibitório em que o autor, titular de servidão de passagem, afirmava estar sendo constrangido pelos réus a retirar as porteiras por ele colocadas na dita servidão, em substituição aos "mata-burros" outrora existentes. Tendo sido condenado pelo Tribunal de Justiça à efetiva retirada das porteiras (em razão de pedido contraposto), o autor interpôs recurso especial, alegando que o acórdão recorrido violava o art. 922 do CPC/1973. Argumentou o recorrente que esse dispositivo limitava o pedido

---

[432] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria da. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1°, do CPC. **Revista de Processo**, v. 267, p. 227, mai./2017.

[433]Observe-se o comentário de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart acerca da atipicidade dos meios executivos, ainda sob a égide do CPC de 1973: "O §5º do art. 461, ao quebrar o princípio da tipicidade, instituiu o princípio da concentração do poder executivo do juiz. Além disso, conferiu uma nova dimensão ao direto de ação, que passou a englobar o direito ao meio executivo adequado ao caso concreto. Por consequência, obrigou à reformulação, em nome do direito de defesa, do método de controle da utilização das modalidades executivas. Como as modalidades executivas deixaram de ser expressamente definidas na lei, outorgando-se ao autor e ao juiz o poder de sua escolha conforme as necessidades do caso concreto, conferiu-se ao demandado uma forma muito mais sofisticada, embora também mais complexa, para o exercício da sua defesa, baseada fundamentalmente na regra de que a execução deve ser feita mediante o uso do meio executivo que cause a 'menor restrição possível'" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**.7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 424).

[434]REsp 1.423.898, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 02 set. 2014, DJe 01 out. 2014.

contraposto à "proteção possessória" e à "indenização dos prejuízos", não contemplando a condenação levada a efeito pelo Tribunal *a quo*.

Ao analisar a questão, consignou o Min. Paulo de Tarso Sanseverino que na Lei nº 10.444/2002 "consagrou-se a ideia de atipicidade dos meios de tutela das obrigações de fazer, não-fazer e de entrega de coisa, de modo a privilegiar a obtenção da tutela específica da obrigação, em vez da conversão da obrigação em perdas e danos". Apoiado nas lições doutrinárias de Luiz Guilherme Marinoni, afirmou o Ministro Relator, então, que "a circunstância de o art. 922 mencionar apenas a tutela de natureza possessória e a tutela ressarcitória (indenização pelos prejuízos) não impede o juiz de conceder a tutela de remoção do ato ilícito".

Atualmente, a atipicidade dos meios executivos encontra guarida no art. 139, IV, do CPC. Nele, o legislador de 2015 introduziu uma sutil inovação: de acordo com o texto expresso do dispositivo, a atipicidade dos meios executivos aplica-se, inclusive, às execuções de obrigação de pagamento de quantia certa. Esse artigo, lado a lado com os arts. 297, e 536, §1°, do CPC/2015, contém o que se poderia chamar de uma "cláusula geral executiva", permitindo a utilização de meios de execução direta (*e.g.*, o desapossamento da coisa devida) ou indireta (cujo exemplo mais tradicional é a multa cominatória) para a satisfação da obrigação[435]. A previsão consensual de meios executivos atípicos tem papel fundamental nos processos estruturantes[436], ganhando relevância ainda maior na etapa de supervisão do cumprimento da decisão pelo juiz, como se comprova a seguir.

3.3.3.2Acordos sobre a supervisão do cumprimento do julgado pelo juiz

3.3.3.2.1 A intervenção judicial

O meio executivo atípico que mais interessa à supervisão do cumprimento do julgado nos processos estruturantes é a denominada "intervenção judicial". Essa figura é prevista

[435] Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria da. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1°, do CPC. **Revista de Processo**, v. 267, p. 230-231, mai./2017.

[436] JOBIM, Marco Félix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). **Coleção repercussões no novo CPC**: processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8.p. 232.

expressamente, por exemplo, no processo de execução de título executivo decorrente de decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (arts. 96 e 102-111, da Lei nº 12.529/2011). Ela consiste, em síntese, na nomeação de um auxiliar do juízo para que tome determinadas medidas dirigidas à consecução da tutela específica.

A aplicação desse instituto não é incomum, também, em litígios societários envolvendo a tutela da função social da empresa, prevista no art. 116, Parágrafo único, da Lei nº 6.404/1976. Um exemplo concreto de adoção dessa medida contra uma pessoa jurídica de direito privado pode ser colhido em ação civil pública, movida pelo Estado do Rio de Janeiro, em que foi requerida a nomeação provisória, pelo juízo, de um colegiado para exercer a administração da unidade da Parmalat do Brasil S/A Indústria de Alimentos situada no município de Itaperuna[437]. Argumentava o Estado, naquela oportunidade, que a situação econômica periclitante da ré colocava em risco a economia da região, diante do monopólio de fato na produção de laticínios, atividade expressiva naquela localidade.

Na decisão que deferiu a liminar pleiteada, o juízo destacou a necessidade de considerar, de um lado, os "interesses patrimoniais da Parmalat S.A. e, do outro, os interesses transindividuais (trabalho, segurança alimentar, equilíbrio econômico regional,...) e individuais dos trabalhadores, pequenos fornecedores e comerciantes fluminenses", os quais se encontravam em perigo, dada a administração ruinosa da ré. Sendo assim, e deixando claro "que tal medida não importa em perda da propriedade ou intervenção judicial na empresa-ré como um todo", o magistrado constituiu "um colegiado, com igual poder/direito de voto, que exercerá os atos de administração do estabelecimento situado nesta cidade". A esse colegiado caberia "apresentar, em 30 dias, o plano de administração do estabelecimento, o cronograma mensal de pagamento dos credores e a proposta de remuneração de seus integrantes".

Esses elementos são reveladores das características da intervenção judicial. Observe-se que esta não necessariamente resultará na subtração total de poderes de gerência: ela poderá, na verdade, assumir uma feição (*i*) fiscalizatória; (*ii*) de cogestão; ou (*iii*) expropriatória/substitutiva, sendo certo que apenas nessa última hipótese é que haverá a suplantação do administrador original[438]. A pessoa nomeada pelo juiz, como se percebe, assemelha-se ao administrador judicial previsto na Lei nº 11.101/2005, que exerce funções

[437] TJRJ, 2ª Vara da Comarca de Itaperuna, Ação Civil Pública n. 0000360-13.2004.8.19.0026.
[438] ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 363-365.

afetas à comunicação, fiscalização e gestão das sociedades empresárias falidas ou em recuperação judicial[439].

No que diz respeito especificamente à sua aplicação aos processos estruturantes, o acordo processual de que ora se cuida deve buscar aliar a preservação da atuação preferencial dos Poderes Executivo e Legislativo, a discricionariedade administrativa e a sustentabilidade da política pública, de um lado; e a supervisão do adimplemento das obrigações previstas no título executivo, de outro. Ou seja, embora não se deva afastar completamente o magistrado da supervisão do cumprimento, sob pena de se colocar em xeque a própria efetividade processual, também é certo que colocar o juiz no lugar do administrador pode não resolver o problema sistêmico, além de acarretar os outros inconvenientes de que já se falou.

Nesse contexto, deve-se reconhecer que, não obstante as autorizadas vozes em sentido contrário[440], o Superior Tribunal de Justiça já proibiu a medida executiva de intervenção

---

[439] Sobre as atribuições do administrador judicial, destaca Sérgio Campinho: "Desse modo, preferimos a posição sustentada por Trajano de Miranda Valverde, que nele via um órgão ou agente auxiliar da justiça, criado a bem do interesse público e para a consecução dos fins do processo falimentar. Agia por direito próprio e em seu próprio nome, visando sempre cumprir os deveres que a lei lhe impunha. Essa posição jurídica pode, e deve, ser perfeitamente amoldada ao administrador judicial, cargo especialmente criado por lei, para auxiliar na organização dos processos de recuperação judicial e falência. Naquela, funciona como um verdadeiro fiscal do devedor empresário na execução de suas atividades, podendo, até mesmo, vir pessoalmente dirigi-las, nas situações em que seja o mesmo delas afastado e até que se nomeie um gestor judicial; nesta, funciona como administrador da massa falida, agindo na defesa dos interesses que a compõem, sendo, ainda, o seu liquidatário. Seu ofício mostra-se, pois, indispensável à administração dos respectivos processos e surge como fonte segura para o atingimento de suas finalidades" (CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 56).

[440] Este é o caso de Sérgio Arenhart, ao afirmar que à ampla liberdade de adoção de meios de pressão destinados a fazer cumprir a determinação judicial "serão oponíveis, apenas, alguns óbices decorrentes ou da própria estrutura do Estado (e dos princípios que o regem), ou de expressa determinação legal. Assim, por exemplo, não se admite o recurso pelo juiz ordinário, contra o Poder Público, à nomeação de interventor para determinado órgão da Administração Pública direta, *com afastamento do chefe do Poder de suas funções* (apenas nesse caso, frise-se). Isto porque esta intervenção possui requisitos e condições próprios, determinados pela Constituição Federal. Mais que isso, há específica determinação de competência para deliberar sobre essa intervenção e um procedimento especial para tanto (v. art. 36, da Constituição Federal). Não é, então, possível ao magistrado (sem obediência a tais parâmetros, e com o único escopo de coagir o administrador) determinar tal espécie de medida" (ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos.2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 349-350 – grifo no original). De fato, como mencionado pelo autor, o Supremo Tribunal Federal há muito tempo restringe o espectro de abrangência da intervenção federativa prevista nos arts. 34 a 36 da Constituição como forma de coerção, submetendo-a ao jugo do princípio da proporcionalidade. Cf. IF 317, Plenário, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 26 mar. 2003, DJ 01 ago. 2003 em acórdão assim ementado: "EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido". Contudo, ainda há parte da doutrina que insiste nessa possibilidade, como é o caso de Ada Pellegrini Grinover: "O descumprimento da ordem judicial sujeita o Estado ou o Município a sofrer intervenção político-administrativa, a fim de corrigir a irregularidade. O art. 35, IV, da CF/1988 estabelece que o Estado não intervirá nos Municípios, exceto quando o Tribunal de Justiça der provimento a representação para prover a execução de

judicial contra a Administração Pública[441]. É importante ressaltar, contudo, que aquele caso tratava de uma tentativa de intervenção expropriatória, através da "substituição do agente do poder público por um administrador *ad hoc*" para cumprir a decisão judicial que determinava o pagamento de determinada quantia. Sendo assim, o Ministro Relator, valendo-se de uma técnica de decisão *per relationem*, excluiu tal providência, "porque não autorizada em lei a designação de um administrador judicial para, substituindo-se ao órgão público, em funcionamento regular, e invadindo as suas específicas atribuições – praticar ato de saque de numerário".

Nada impede, pois, que as próprias partes e o juiz (já que a decretação da intervenção e a escolha do interventor são de sua exclusiva competência), com base na atipicidade dos meios executivos e no princípio da proporcionalidade[442], cheguem a um acordo processual sobre uma intervenção judicial fiscalizatória ou de cogestão no processo estruturante. Para tanto, eles poderão inspirar-se nas regras contidas nos arts. 159-161, 862-863 e 866-869, do CPC; 102-111, da Lei nº 12.529/2011; e 22, da Lei nº 11.101/2005[443]. Dessa forma, assegura-

---

lei, de ordem ou de decisão judicial. Da mesma forma, a União não intervirá nos Estados ou no Distrito Federal, exceto para prover a execução de ordem ou decisão judicial (art. 34, VI, da CF/1988)" (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo**, v. 164, p. 17-18, out./2008).

[441] Nesse sentido, cf. STJ, Conflito de Atribuições n. 46, Primeira Seção, Rel. Min. Américo Luz, j. em 20 jun. 1995, DJ 25 set. 1995: "MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO EM PRIMEIRA INSTANCIA CONTRA O BANCO CENTRAL DO BRASIL. CONCESSÃO DE LIMINAR PARA O DEPOSITO EM JUIZO DO VALOR QUESTIONADO. DESCUMPRIMENTO PELA AUTORIDADE IMPETRADA. DECISÃO DO JUIZO DETERMINANDO A EFETIVAÇÃO DO DEPOSITO SOB PENA DE MULTA DIARIA E NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR JUDICIAL PARA QUE SEJA PRATICADO O ATO DETERMINADO NA LIMINAR. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER O ATO IMPUGNADO. - LIMINAR. Subsistência que não se recomenda, tanto mais porque desprovida a espécie de um dos seus pressupostos indispensáveis, qual o concernente ao periculum in mora. Ademais, o que a realidade dos autos demonstra é que o impetrado, ora suscitante, mais uma vez procura se utilizar de uma medida, dentre as tantas que sem sucesso ajuizou, para se furtar ao cumprimento da decisão impugnada. - ADMINISTRADOR JUDICIAL. A substituição do agente do poder público por um administrador ad hoc, em ordem a cumprir a liminar, com a efetiva transferência do numerário à conta do juízo, não encontra suporte legal e invade privativa competência da entidade pública. Conflito parcialmente procedente."

[442] Cuida-se, aqui, da proporcionalidade em sua vertente endoprocessual, bem explicada em ARENHART, Sergio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos.** São Paulo: RT, 2ª ed., 2015, p. 41: "Essa análise da proporcionalidade, que aqui é chamada de proporcionalidade *endoprocessual*, é comumente utilizada para avaliar a compatibilização, por exemplo, entre os princípios da tempestividade da tutela (e, mais amplamente, da ação) em relação ao do contraditório, por exemplo, no processo de execução. O mesmo critério é invocado na avaliação dos meios executivos dispostos ao autor de ação que admita tutela específica (art. 461 e 461-A, do CPC, por exemplo), em razão do possível choque entre a garantia de efetividade da tutela jurisdicional e a da preservação da liberdade (e dos bens) do obrigado. Enfim, no campo interno da relação processual, vê-se constantemente invocado e aplicado esse critério, a fim de compatibilizar as garantias constitucionais dentro de cada processo isoladamente considerado".

[443] Sérgio Arenhart defende a utilização por analogia, nos processos estruturantes, da figura do administrador judicial: "Ao lado disso, a amplitude com que a legislação processual trata dos administradores judiciais (v.g., arts. 148-150, 677 e 719, CPC/1973; arts. 159-161, 862-863, 866-869, CPC/2015) parece ser suficiente para autorizar a criação de grupos de acompanhamento, seja para sugerir medidas específicas para alguns problemas,

se que serão respeitadas as prerrogativas mínimas do administrador público – escapando de uma intervenção judicial expropriatória/substitutiva –, mas sem impedir a supervisão do cumprimento da obrigação pelo juiz, a partir das informações prestadas pelo interventor[444].

Uma alternativa à intervenção judicial é a criação, mediante acordo entre as próprias partes, de um órgão externo para auxiliar o juízo nessa incumbência de supervisão. Assim foi feito, por exemplo, na ação civil pública envolvendo a despoluição da Baía de Guanabara[445]. Após a homologação do Termo de Mediação firmado entre o Estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público estadual e a Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, a Resolução Conjunta PGE/MPRJ/SEA/CEDAE nº 01/2018 criou um grupo de trabalho para fiscalizar o cumprimento das obrigações previstas no mencionado acordo. Segundo o art. 3º dessa Resolução, o grupo de trabalho reunir-se-á pelo menos a cada dois meses, e as suas conclusões serão levadas ao conhecimento do juízo, que poderá convocar audiências especiais para que sejam prestados os esclarecimentos necessários[446].

Por fim, além desse apoio técnico, deve haver a abertura da supervisão do cumprimento do acordo para a oitiva, na medida do possível, dos titulares do direito subjetivo[447]. Não custa recordar que essa participação na implementação da política pública é

---

seja para fiscalizar o atendimento a metas e a decisões do Judiciário, seja para acompanhar o desenvolvimento de planos de implementação de certas políticas. Tais grupos, ademais, devem contar com representantes da coletividade e com especialistas (além de representantes das partes), de modo a replicar a representatividade que se exige durante todo o curso da demanda que discute política pública" (Ibid., p. 18. Acesso em 26 dez. 2018).

[444] Ao tratar do mencionado precedente do STJ, Sergio Arenhart manifesta entendimento similar: "Quando o magistrado, pois, designa um interventor, não pretende usurpar a competência dada a outro administrador público – em indicar o dirigente de certo órgão – especialmente quando se pensa nas modalidades de intervenção fiscalizatória e cogestora. Dado o caráter temporário da medida, a sua destinação jamais pode-se confundir com a atividade desempenhada de maneira estável pelo verdadeiro administrador que é, por um período de tempo, substituído. Daí não se poder falar, no caso, em usurpação de função ou de prerrogativa. Ao que parece, portanto, esse óbice, apontado na decisão mencionada, não se sustenta, de modo que nada haveria que impedisse o emprego da intervenção judicial também no seio do Estado, desde que não se trate de uma das hipóteses indicadas, em que a intervenção depende de procedimento específico e tratamento ímpar" (ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 370-371).

[445] TJRJ, 13ª Vara de Fazenda Pública, Ação Civil Pública nº 0218928-66.2007.8.19.0001.

[446]Nessa categoria também se enquadra o Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA) da ACP do Carvão, mencionado por Sérgio Arenhart (ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, p. 14, jul.-dez./2015. Disponível em:<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018).

[447] A abordagem experimentalista de que tanto tem se falado ao longo deste estudo pressupõe o incentivo à participação de pessoas com liderança nos grupos atingidos pelo processo estruturante: "experimentalism has a more sanguine attitude than minimalism toward participation, but the type of participation it relies on is not the universalist and voluntarist kind that minimalists disparage. Experimentalism emphasizes stakeholder participation to elicit and reconcile the diverse views and interests of people distinctively affected by and knowledgeable about the matters in issue" (SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Minimalism and Experimentalism in the Administrative State. **Georgetown Law Journal**, v. 100, p. 82, 2011).

corroborada, inclusive, pelo art. 37, §3º, da CRFB/88, o qual serviu de base para a edição da já referida Lei nº 13.460/2017[448]. No caso *Mendoza*, por exemplo, foi formado um corpo colegiado composto por organizações não-governamentais e coordenado pelo Defensor Público-Geral, para recolher sugestões dos cidadãos, receber informações e formular pedidos concretos perante a autoridade reguladora[449]. Tal qual afirmado em relação à etapa probatória, podem as partes convencionar a indicação de determinadas pessoas (ou um conjunto delas) para serem ouvidas também na fase executiva, como uma forma de aferição do adimplemento adequado da obrigação[450].

[448] Ao cuidar da relação entre as políticas públicas e a democracia deliberativa, Eduardo Cambi e João Paulo Vasconcelos destacam que "o programa de ação governamental que constitui a política pública resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados ou disciplinados, a saber, o administrativo, o legislativo, o de alocação de meios para a ação governamental (processos orçamentário e de planejamento), o judicial e o político-eleitoral. No âmbito da procedimentalização das políticas públicas, devem ser salientados dois elementos nucleares: a participação democrática e o planejamento, uma vez que ambos atuam na eficácia e eficiência dos programas e ações, mas também viabilizam o controle da Administração. A coletivização da deliberação confere mais qualidade decisória e assegura a eficácia da política pública e a sua eficiência. Também potencializa seu êxito, envolvendo uma questão de economicidade. A estruturação do contraditório no processo público de escolhas é de grande importância em sociedades complexas como a brasileira. Possibilita diferentes postulações e respostas que contribuem para a redução do défice democrático e a maximização da escolha de ações eficientes. Por isso, a atividade administrativa deve exprimir não a decisão isolada e pessoal do agente público, mas as escolhas politicamente informadas no processo público de escolhas" (CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil – Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. **A&C -Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 235, abr.-jun./2016).

[449] "Por otro lado, y esta vez con el declarado objetivo de fortalecer la participación ciudadana en esta causa judicial, la Corte designó al Defensor del Pueblo de la Nación como coordinador de un cuerpo colegiado a conformarse con las distintas organizaciones no gubernamentales que estaban por entonces ya presentadas en la causa (sobre cómo fueron incorporadas al proceso me remito a lo explicado en la parte II de este trabajo). Este cuerpo colegiado tiene por objeto: (i) recoger sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado; (ii) recibir información; y (iii) formular planteos concretos ante la ACUMAR para el mejor logro de los objetivos trazados en el programa" (VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa Mendoza: antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Anales da Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales U.N.L.P.**, n. 43, p. 276, 2013).

[450] Há de se admitir, portanto, o exercício de cognição em sede executiva, ainda que mais limitada do que aquela observada na fase de conhecimento. Nesse sentido, a opinião de Heitor Sica: "Caso não haja válida manifestação de vontade expressa ou tácita por parte do exequente, ou este expressamente afirme que a obrigação não foi integralmente satisfeita, impor-se-á a realização de atividade cognitiva exauriente, dando-se oportunidade para ambas as partes discutirem se a obrigação restou satisfeita ou não. (...) Todo o exame realizado para esse fim situa-se indubitavelmente no plano do direito material. E a maior prova disso é a de que essa mesma discussão poderia ser levada a juízo por meio de processo de conhecimento, para que o credor demostrasse o adimplemento parcial ou defeituoso da prestação por parte do devedor. Da mesma forma o devedor poderia vir ajuízo, igualmente por demanda cognitiva, para demonstrar que a obrigação foi cumprida e obter sentença declaratória que o liberasse do vínculo" (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição do juiz na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 210).

3.3.3.2.2 Os meios adequados de solução das controvérsias surgidas durante a fase de cumprimento

Os meios adequados de solução de controvérsias não têm aplicação, tão só e unicamente, como forma de impulsionar um acordo envolvendo a relação jurídica de direito material. Eles ganham relevância também no acordo acerca da relação processual estruturante, mais especificamente ao permitirem, diante da complexidade da controvérsia, a escolha de um profissional capacitado para ajudar a solucionar as questões que inevitavelmente surgirão na fase de cumprimento[451]. Em outras palavras, juiz deve, igualmente aqui, atender ao art. 3º, §2º, do CPC, e incentivar a incorporação de ferramentas consensuais de solução de conflitos à fase de cumprimento.

Considerando a voluntariedade na adesão a uma dessas vias paralelas, como forma de solução mais adequada, as partes poderão firmar um acordo processual contendo uma cláusula de mediação ou um compromisso de conciliação, ou mesmo uma combinação sequencial entre as duas[452]. É importante recordar, contudo, que diante da continuidade que marca a relação jurídica existente entre o Poder Público e os titulares do direito subjetivo, a mediação parece ser a técnica mais apta a estimular o consenso.

Outro exemplo que merece menção são os *dispute boards*, comuns em contratos de construção e infraestrutura, dirigidos para as controvérsias ligadas à execução e implantação do projeto[453]. Eles são, em essência, comitês permanentes que se reúnem periodicamente, com o objetivo de resolver, de forma rápida, as disputas que surjam envolvendo relações jurídicas

---

[451] Não é outra a opinião de Marco Antonio Rodrigues: "Por isso, nas ações que envolvam de alguma forma o controle de políticas públicas, e que comumente estão sujeitas a uma efetivação com a adoção de medidas estruturantes, deve ser estimulada a execução flexibilizada pelo juiz, com amplo incentivo ao contraditório, à cooperação e à mediação" (RODRIGUES, Marco Antonio. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (coord.). **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 269). Assim também em CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil – Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. **A&C -Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 236-237, abr.-jun./2016 ("A intervenção judicial deve partir, pois, da criação de mecanismos formais ou informais de mediação, por meio de diálogos institucionais que permitam o estabelecimento das etapas e meios necessários para a implementação dos direitos e das políticas públicas").

[452] Consoante remarcado anteriormente, o art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/1996, ao restringir a arbitragem com a Administração Pública aos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, tornou praticamente impossível a sua aplicação nos processos estruturantes.

[453]GARCIA, Flávio Amaral. O dispute board e os contratos de concessão. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao. Acesso em 13/01/2019.

de longa duração[454]. Ainda que essas decisões possam ser posteriormente questionadas[455], a composição voluntária do painel tende a não apenas criar um anteparo para a judicialização, como também estimular as próprias partes a desenvolver uma negociação direta, temerosas da solução a ser dada pelo painel de especialistas[456]. Embora não haja uma previsão legal para os *dispute boards* em âmbito nacional ou na maioria dos entes federativos[457], nada impede a sua adoção pelos acordos em processos estruturantes.

Indo mais além, os acordos em processos estruturantes podem prever também formas de resolução extrajudicial dos conflitos, reservando a provocação do juízo apenas para aquelas hipóteses em que essas entidades paralelas não sejam capazes de resolvê-los. Um exemplo extraído do direito norte-americano é o das *claim resolution facilities*, criadas para solucionar litígios envolvendo direitos individuais homogêneos, mas cuja lógica pode ser transplantada

---

[454] Na definição de Ana Paula Brandão Ribeiro e Isabella Carolina Miranda Rodrigues, o *dispute board* consiste em "um comitê formado por profissionais especialistas em matérias técnicas e diversas que, em conjunto, são nomeados para acompanhar o desenvolvimento de um contrato, cuja execução se estenda no tempo, desde o seu início, e analisar as possíveis e eventuais controvérsias técnicas que possam surgir durante a relação contratual, emitindo, segundo os termos e estipulações do contrato, decisões com força vinculativa ou não para os contratantes" (RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os dispute boards no direito brasileiro. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 9, n. 2, p. 131-132, 2015). Diogo Almeida, Fernanda Pantoja e Juliana Andrade seguem nessa mesma linha: "Dispute board é método autocompositivo ou híbrido em que uma junta de profissionais especializados é formada e recebe a competência para auxiliar na dirimição de eventuais conflitos surgidos na vigência de determinado contrato. A junta de especialistas pode emitir recomendações e/ou decisões, dependendo da prévia escolha dos contratantes" (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: Comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016. p. 40).

[455] Carolina Mallman Tallamini dos Santos destaca existirem três espécies de *dispute boards*: (*i*) os *Dispute Review Boards*, "que emanam recomendações sob a forma de opinião após o exame de documentos e audiências"; (*ii*) o *Dispute Adjudication Board*, "que emite decisões sobre qualquer disputa que lhe tenha sido submetida"; e (*iii*) o *Combined Dispute Board*, que "normalmente emite suas recomendações direcionadas a qualquer disputa a que se refere, mas pode emitir uma decisão, se assim for solicitado por qualquer das partes" (SANTOS, Caroline Mallman Tallamini. Dispute Boards: maximização da eficiência no procedimento pré-arbitral em contratos de construção. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 56, p. 247, jan.-mar./2018).

[456] Nesse sentido, GARCIA, Flávio Amaral. **O dispute board e os contratos de concessão**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em 13 jan. 2019 ("Mesmo que a atuação do Comitê não previna o litígio, é certo que as questões controvertidas entre as partes estarão mais amadurecidas, os distintos pontos de vista devidamente assentados, assim como os argumentos técnicos estarão racionalmente explicitados, tudo isso já avaliado por um grupo de profissionais especializados, que terão emitido uma opinião a propósito da controvérsia a partir dos elementos fáticos coletados durante a execução do objeto. Donde se conclui que mesmo quando o *dispute board* não produza o resultado esperado e o litígio efetivamente se instaure, contribui decisivamente para o deslinde da questão, eis que na arbitragem ou na ação judicial, a matéria controversa já terá sido objeto de exame técnico aprofundado, com uma opinião abalizada dada quase que em tempo real da ocorrência do conflito").

[457] Exceção é o município de São Paulo, que promulgou a Lei municipal nº 16.873/2018 para disciplinar os Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura daquela cidade. Há, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 206/2018, de autoria do Senador Antonio Anastasia, que prevê a criação de um órgão equivalente aos *dispute boards* para os contratos administrativos continuados celebrados pela União Federal.

para a solução de conflitos relacionados a direitos transindividuais[458]. No Brasil, a Fundação Renova, que procede à consecução de programas para reparação dos danos decorrentes do desastre do Rio Doce, poderia ser enquadrada como uma entidade dessa natureza[459].

[458]A aplicação das *claim resolution facilities* no Direito brasileiro já foi objeto de análise por Antonio Cabral e Hermes Zanetti Jr.: "As *claims resolution facilities* surgiram nos Estados Unidos da América como uma alternativa ao modelo clássico de litigância, idealizadas em razão da dificuldade das instituições judiciárias de lidar com processos complexos (como costumam ser as ações coletivas) e com a massificação de litígios individuais. (...) Seu surgimento se deu em causas de responsabilidade civil em danos massificados, e o objetivo era padronizar a indenização, desvinculando o ressarcimento dos danos efetivamente sofridos. Essas entidades partem da pressuposição de que há responsabilidade do *repeat-player*, e focam em questões residuais não resolvidas pela sentença ou acordo. Por exemplo, caso haja necessidade de liquidação individual após uma condenação do litigante habitual, as *claims resolution facilities* ficam responsáveis por definir os procedimentos de filtragem das vítimas que se enquadram nos padrões eleitos para indenizar, e por estabelecer cronogramas de pagamento. Importante destacar que as *facilities* recebem diretamente as demandas, e realizam juízos cognitivos a respeito de questões fáticas e jurídicas, decidindo a respeito. Funcionam, por assim dizer, como tribunais extrajudiciais. (...) Nos EUA, as *facilities* foram úteis em casos de danos muito diversificados, como derramamento de óleo, acidentes de consumo envolvendo produtos médicos e farmacológicos, fraudes bancárias e securitárias, desastres naturais (terremotos, furacões), violência urbana, terrorismo, dentre outros. Note-se que, ao contrário do que parece ser a crença dos norte-americanos, as *facilities* não servem apenas para direitos individuais homogêneos, mas também para direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e para a tutela das situações que caracterizem casos repetitivos". (CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. **Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos**: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. p. 5-6. Disponível em:<https://www.academia.edu/37368086/Entidades_de_infraestrutura_espec%C3%ADfica_para_a_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_coletivos_as_claims_resolution_facilities_e_sua_aplicabilidade_no_Brasil_Claims_resolution_facilities_and_their_applicability_in_Brazilian_Law_>. Acesso em: 13 jan. 2019).

[459] Nesse sentido, cf. Ibid. Acesso em 13 jan. 2019.

CONCLUSÃO

Como anunciado de início, o presente estudo tem como objetivo demonstrar que os acordos processuais são a melhor alternativa disponível para o controle judicial de políticas públicas através dos processos estruturantes. Nesse sentido, não se pode perder de vista que as políticas públicas são um conjunto de atos concatenados destinados à concretização dos escopos do Estado, e que funcionam com base em um planejamento racional. Dessa maneira, os seus elementos constitutivos são um plano de ação, dotado das seguintes características: (*i*) fixação de objetivos e metas a serem atendidos, bem como padrões de conduta flexíveis presumidamente aptos a alcançá-los; (*ii*) exigência de treinamento dos agentes públicos, os quais devem ser submetidos a um controle de performance; e (*iii*) previsão de um mecanismo de autocorreção.

A interferência judicial nessa seara, que ocorre diante da ausência ou da deficiência de determinada política pública para determinada área, é atribuída à profusão de direitos subjetivos na Constituição e na legislação, à inoperância dos Poderes Legislativo e Executivo para responder às demandas sociais e à ascensão institucional do Poder Judiciário. Essa postura, no entanto, tem sofrido severas críticas. Em primeiro lugar, estão as críticas ligadas à ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para fazer escolhas trágicas de alocação de recursos públicos. Em segundo lugar, estão os questionamentos ligados à incapacidade dos juízes para compreender os tecnicismos relativos à implementação de políticas públicas. Por fim, em terceiro lugar, alega-se que a interferência judicial causa disfuncionalidades na atuação do Estado, prejudicando outras áreas de atuação igualmente importantes.

Como forma de rebater essas críticas foi desenvolvido um novo modelo de "processo civil de interesse público", em que os interesses das partes nem sempre são contrapostos, há uma primazia da tutela coletiva e se impõe ao demandado um conjunto de obrigações concatenadas. Nesse modelo, observa-se a proeminência de ações complexas, corporificadas em processos estruturantes voltados para a (re)estruturação de políticas públicas. Assim, os processos estruturantes podem ser conceituados como um arquétipo de relação processual formatado para a identificação de uma falha sistêmica em uma política pública, cujo escopo é promover a reestruturação da atividade administrativa de modo a evitar novas violações aos direitos subjetivos das pessoas atingidas.

Destarte, os processos estruturantes têm duas características essenciais, quais sejam, a identificação de uma violação sistêmica de direitos e a edição de uma medida estruturante. Tais qualidades reduzem as críticas direcionadas ao controle judicial de políticas públicas, eis que a deflagração dos processos estruturantes geralmente ocorre no âmbito das ações coletivas, cuja amplitude cognitiva e decisória favorecem o exercício do contraditório e a isonomia processual. Além disso, permite-se a criação de um diálogo institucional entre o Judiciário e os demais Poderes, reservando ao magistrado uma função de supervisão e de resolução de conflitos eventualmente surgidos.

A incorporação dos processos estruturantes ao panorama forense tem se mostrado uma tendência no Brasil e no exterior. Assim, observa-se manifestações da *institutional reform litigation* no paradigmático caso *Brown v. Board of Education*, relacionado à dessegregação racial em escolas nos Estados Unidos, cuja lógica foi rapidamente replicada em outros casos ligados ao sistema prisional norte-americano. Na África do Sul, ganhou fama o caso *Grootbroom*, que tratou do direito à habitação de pessoas em situação de vulnerabilidade. Já nos demais países da América Latina, os processos estruturantes assumiram a roupagem do Estado de Coisas Inconstitucional, na Colômbia, ou mesmo manifestaram-se empiricamente, tal como nos casos argentinos *Mendoza* e *Verbitsky*.

No Brasil, embora sejam recentes as reflexões doutrinárias acerca do tema, já há exemplos práticos de processos estruturantes. Com efeito, há algumas decisões do Supremo Tribunal Federal contendo medidas estruturantes, a exemplo da ADPF 347, que tratou da situação carcerária. No entanto, provavelmente o caso mais famoso relacionado ao tema é a "ACP do Carvão", que cuida da recomposição ambiental de uma área de mineração em Santa Catarina. Também no Estado do Rio de Janeiro o Poder Público já se defrontou com processos dessa natureza, tendo sido identificados Termos de Ajustamento de Conduta envolvendo, *v.g.*, o direito à mobilidade urbana dos cidadãos e a utilização de recursos hídricos. Também é digna de nota a tentativa de disciplinar os processos estruturantes no âmbito legislativo, através do Projeto de Lei nº 8.058/2014, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira.

Os processos estruturantes impõem a quebra de alguns paradigmas. Para superá-los, deve-se levar em conta que a dimensão da jurisdição contemporânea não se limita à resolução de conflitos individuais, bem como que o Poder Judiciário pode valer-se, para superar o seu déficit de conhecimento, de audiências públicas e manifestações de *amici curiae*. Além disso, a atipicidade dos meios executivos permite a adoção de soluções feitas sob medida para os

problemas identificados. Entretanto, há alguns obstáculos específicos frente a institutos tradicionais do Direito Processual, relacionados à produção da prova pericial, ao princípio da congruência, aos limites da coisa julgada, à necessidade de título executivo e ao cumprimento da decisão judicial, para os quais o ordenamento posto não oferece soluções óbvias.

Nesse contexto, os acordos processuais revelam-se como a melhor alternativa disponível. Tais acordos são uma espécie de negócio jurídico processual bi ou plurilateral, vinculante para os celebrantes, cujas disposições estão aptas a produzir efeitos sobre a relação processual ou sobre os atos do procedimento que a exteriorizam. Fica claro, portanto, que esses pactos podem envolver tanto a relação jurídica de direito material quanto a própria relação processual e podem ser celebrados pelos sujeitos do processo, dentro ou fora deste, antes ou durante a tramitação do feito. O seu critério distintivo é a produção de efeitos sobre a relação jurídica processual ou sobre o procedimento.

O Poder Público, ao celebrar uma avença dessa natureza, terá a oportunidade de moldá-la de uma maneira que preserve ao máximo suas competências. Uma solução consensual também tem mais chances de ser cumprida, se comparada a uma solução imposta unilateralmente, além de reduzir o custo de erro do Judiciário. De mais a mais, as partes poderão celebrar acordos para a escolha de peritos, envolver terceiros que não integram a relação processual, adaptar as obrigações ao longo da marcha do processo, prover auxiliares para o juízo e eleger meios alternativos de solução de disputas. Não fosse o suficiente, os acordos processuais, quando homologados pelo juízo, gozam da mesma publicidade, transparência e segurança jurídica que as decisões judiciais.

Nunca houve grandes questionamentos a respeito da viabilidade dos acordos processuais sobre a relação jurídica de direito material. Ao contrário, o ordenamento sempre os incentivou como forma pacífica de resolução dos conflitos, sendo certo que a transação não se limita aos direitos patrimoniais de caráter privado – como sugere o art. 841 do CC – e, quando homologada, adquire a qualidade de título executivo judicial. O mesmo não se pode dizer dos acordos processuais sobre a relação jurídica processual, que nem sempre gozaram da simpatia da doutrina, embora algumas das suas espécies já fossem contempladas pelo CPC de 1973. Atualmente, porém, não restam maiores dúvidas acerca do seu cabimento como veículo para a flexibilização voluntária do procedimento, em regime cooperativo. Cumpre ao juiz, independentemente do objeto do acordo processual, verificar a presença dos requisitos de existência e de validade do pacto, bem como respeitar a sua eficácia.

No que concerne à Fazenda Pública, o dogma da indisponibilidade do interesse público tem cedido o passo para o reconhecimento da existência de direitos passíveis de autocomposição, com o escopo de se reconhecer a possibilidade de celebração de acordos processuais. É preciso, porém, que sejam observadas algumas especificidades do Poder Público no que diz respeito aos acordos processuais, a exemplo da competência do agente para celebrá-lo, da observância a eventuais restrições legais à autocomposição (como ocorre em matéria tributária) e da submissão aos órgãos de controle. É importante destacar que também podem existir acordos processuais nos litígios envolvendo direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos: veja-se que a própria Lei nº 7.347/1985 prevê os Termos de Ajustamento de Conduta como mecanismo para a formalização dessas avenças.

Os meios adequados de solução de controvérsias ocupam lugar de destaque como catalisadores da consensualidade no processo. Com efeito, embora a arbitragem corporifique uma forma de heterocomposição, ela também tem origem na livre manifestação de vontade das partes, e a sua aplicação ao Poder Público foi finalmente positivada no art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/1996. Com muito mais razão merecem espaço a conciliação e a mediação, métodos genuínos de autocomposição, sendo certo que essa última teve a sua relevância projetada pela edição da Lei nº 13.140/2015.Nessa mesma direção seguiu o CPC em vigor, que estimula a adoção dos meios adequados de solução de controvérsias no seu art. 3º, além de determinar a criação de câmaras administrativas de conciliação e mediação, no art. 174.

É inegável, ainda, que a decisão judicial pode servir como uma estrutura de incentivos aos acordos processuais, colocando as partes em situação de ineficiência e reduzindo os custos de transação a um nível palatável. Adotando um viés pragmático e dimensionando de maneira razoável a postura dos interessados, é possível que o magistrado coloque o Poder Público em posição de negociar uma solução com o seu *ex adverso*. Para isso, o Poder Judiciário pode utilizar uma gama de medidas, que vão desde a colocação da resistência do réu em evidência perante a opinião pública até a designação de rodadas de audiências especiais.

Firmadas essas premissas, é possível delinear os parâmetros concretos a serem seguidos pelos acordos processuais nos processos estruturantes. Em primeiro lugar, a legitimação para o acordo depende não só da legitimidade *ad causam*, mas também da representatividade adequada dos interesses envolvidos no caso concreto. É essa legitimação para o acordo que justifica a vinculação daquelas pessoas que se encontram substituídas (ou representadas) processualmente pelo autor coletivo. Além disso, é de bom alvitre a intimação

das demais pessoas que possam ter legitimação para o acordo, atrelando-as aos seus termos e evitando discussões ou impugnações futuras.

No que diz respeito ao acordo processual que tem como objeto a relação jurídica de direito material, considerando a inclinação dos processos estruturantes em favor das ações coletivas, a sua formalização tende a ocorrer através de Termos de Ajustamento de Conduta. Esses Termos, que devem atender a todos os pressupostos de existência e requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, podem ser submetidos à homologação do juiz para alcançarem os *status* de título executivo judicial. Nada impede, ainda, que o Termo de Ajustamento de Conduta disponha também sobre acordos que tenham como objeto a relação processual, transformando-se em um acordo complexo.

O conteúdo do acordo sobre a relação jurídica de direito material nos processos estruturantes deve mimetizar o funcionamento das políticas pública. Com efeito, a medida estruturante contida no acordo deve espelhar um plano de ação, contendo objetivos e metas a serem cumpridos e condutas que presumidamente estão aptas a atendê-los. Essas ações concretas devem ser flexíveis, permitindo adaptações ao longo da implantação da política pública, sob pena de engessamento do acordo e da necessidade de sua ulterior modificação. Além disso, o acordo deve dispor sobre o controle de performance dos agentes, bem como de um mecanismo de autocorreção. Por fim, é fundamental que o acordo preveja alguma fonte de custeio para a implantação do plano e uma cláusula extintiva, evitando-se a eternização do feito.

No que concerne aos acordos sobre a relação jurídica processual, possuem eles especial aplicação em três vertentes distintas. Em matéria probatória, a redistribuição do ônus da prova pode mostrar-se útil, especialmente se incrementada pela delimitação consensual das questões de fato e pelo denominado "saneamento compartilhado" ou "comparticipativo". Além disso, esses acordos podem ser interessantes na escolha consensual de testemunhas e de peritos (ou de uma equipe multidisciplinar deles). É possível, ainda, que haja uma *disclosure* voluntária de documentos passíveis de análise estatística, para que seja comprovado ou não um determinado padrão de comportamento.

A sequência dos atos procedimentais também pode ser afetada pelos acordos processuais. Nesse sentido, as partes podem convencionar sobre a dilação de prazos peremptórios, permitindo uma defesa mais elaborada das suas posições em um litígio extremamente complexo, como aquele que tem lugar nos processos estruturantes. Além disso, partes e juiz podem fixar um calendário para a prática dos atos, reduzindo os tempos mortos

do processo, permitindo que todos se preparem com antecedência para episódios importantes e viabilizando uma melhor supervisão do cumprimento das obrigações.

E é precisamente na fase de cumprimento que os acordos sobre a relação processual têm maior expressão. É possível, nessa etapa, celebrar acordos processuais típicos ou atípicos, envolvendo ou não medidas processuais atípicas. Aliás, o atendimento a uma cumulação de obrigações, de impossível enquadramento em uma moldura legal fixa, somente pode ser viabilizado por acordos processuais atípicos. A supervisão da fase de cumprimento, inclusive, pode contar com o apoio de um acordo que preveja uma intervenção judicial não substitutiva, medida executiva atípica para cuja idealização podem servir de inspiração a figura do administrador judicial nas suas diversas acepções legislativas.

Os acordos processuais podem, alternativamente, criar órgãos externos para auxiliar o juízo nessa atividade de supervisão, bem como promover uma abertura procedimental a terceiros, com o intuito de verificar os resultados concretos produzidos pela medida estruturante. Além disso, com suporte nos meios adequados de solução de controvérsias, podem as partes moldar estruturas voltadas para a resolução de eventuais conflitos surgidos durante a fase de cumprimento, valendo-se da mediação, da conciliação e de *dispute boards*, entre outros.

Ficou demonstrado, por todo o exposto, que os acordos processuais em processos estruturantes possuem um largo espectro de aplicação e ampla vantagem sobre as soluções impositivas. Essa constatação descortina um caminho, até agora pouco explorado, de consensualidade no controle judicial de políticas públicas. Cabe agora aos advogados, juízes e membros do Ministério Público, ao melhor estilo experimentalista, colocar em prática essa aproximação e colher os seus resultados práticos, para que uma análise empírica possa confirmar, de fato, a sua efetividade.

REFERÊNCIAS

ACORDOS celebrados pela AGU no Rio de Janeiro beneficiam órgãos públicos. 17 jul. 2017. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/576415>. Acesso em: 13 fev. 2018.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr, 2015.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro**. Disponível em:<https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro>. Acesso em 27 dez. 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ____; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, jul.-dez./2015. Disponível em:<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (Meta)Teoria Normativa da decisão judicial: caracterização, estratégia e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23.ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, v. 61, jan./1991.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das Partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, n. 40, out.-dez./1983. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. In: ____. **Temas de Direito Processual**. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo penal norte-americano e sua influência. **Temas de Direito Processual**. In: ____. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas Atípicas. **Revista de Processo**, n. 76, out.-dez./2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. **Revista de Processo**, v. 41, jan.-mar./1986.

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. Sanitation Rights, Public Law Litigation, and Inequality: A Case Study from Brazil. **Health and Human Rights Journal**, v. 16, n. 2, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição brasileira de 1988: 25 anos de vida. In: COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado (coord.). **Reflexões sobre a Constituição**: uma homenagem da advocacia brasileira. Brasília: Alumnus: OAB, Conselho Federal, 2013

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A Revolução do novo** – a transformação do mundo: política, economia e valores éticos no início do milênio. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/6/art20170606-02.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Ética e *jeitinho brasileiro***: por que a gente é assim? Disponível em:<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Voto no RE 566.471, de relatoria do Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 16 jun. 17.

BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BELL JR., Derrick A. Bell. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation. **The Yale Law Journal**, v. 85, 1976.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BODART, Bruno Vinícius da Rós; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns apontamentos sobre a Reforma Processual Civil italiana – sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (org.). **O novo Processo Civil brasileiro** – Direito em expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre a Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 439718, Primeira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 11 mar. 2014, DJe 19 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Atribuições n. 46, Primeira Seção, Rel. Min. Américo Luz, j. em 20 jun. 1995, DJ 25 set. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 802.060, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17 dez. 2009, DJe 22 fev. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.423.898, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 02 set. 2014, DJe 01 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.610.860, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j em 13 dez. 2016, DJe 19 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 253.885, Rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 21.06.2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE 5.206 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJe 30.04.2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: ____; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Brasília: ESMPU, 2016.v. 1.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 404, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Rio de Janeiro, 2017. Mimeografado.

CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 18, n. 35.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. **Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos**: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. Disponível em: <https://www.academia.edu/37368086/Entidades_de_infraestrutura_espec%C3%ADfica_para_a_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_coletivos_as_claims_resolution_facilities_e_sua_aplicabilidade_no_Brasil_Claims_resolution_facilities_and_their_applicability_in_Brazilian_Law_>. Acesso em: 13 jan. 2019.

CAMBI, Eduardo. Compromisso de ajustamento de conduta: um eficaz instrumento à disposição do Ministério Público para a implementação de políticas públicas e à efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Revista dos Tribunais**, v. 908, 2011.

CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil – Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. **A&C -Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, abr.-jun./2016.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 01 set. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 13 jul. 2017.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. XIII, jan.-jun./2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos arts. 1º a 12. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao art. 138. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CEPEDA-ESPINOZA, Manuel Jose. Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court. **Texas Law Review**, v. 89, 2011.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, 1976.

COASE, Ronald. O problema do custo social. Trad. Francisco Kümmel Alves e Renato Vieira Caovilla. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, art.9, 2008.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, out./1960.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 03 dez.2018.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Introduction to Law and Economics**. Fifth Edition. 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA DO SUL. The Government of the Republic of South Africa v. Irene Grootbroom, Case CCT 11/00, 04.10.2000.

CORTE DISTRITAL DOS ESTADOS UNIDOS. Southern District of New York. Floyd v. City of New York, 959 F. Supp. 2d 540 (S.D.N.Y. 2013).

CORTE DISTRITAL DOS ESTADOS UNIDOS. Eastern District of California (Sacramento Division). Natural Resources Defense Council v. Kirk Rodgers et al., Case No. S-88-1658-LKK/GGH, C.D.Ca. (2006).

CORTE DISTRITAL DOS ESTADOS UNIDOS. District of Utah. David C. v. Leavitt, 13 F. Supp. 2d 1206 (D. Utah 1998).

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 59, 2016.

COSTA, Thaís Mendonça Aleluia da. **A contratualização do processo civil francês**: um novo horizonte para a adequação processual. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da UFBA, Salvador, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 190. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 492. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em 11jan. 2019.

DEWEY, John. **Logic**: The theory of inquiry. New York: Henry Holt and Company, 1938.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 11, n. 2, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Comentários aos arts. 1º a 18. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia – RBA**, ano 1, v. 1, abr.-jun./2016.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 57, jul.-set./2015.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo**: adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. **Revista de Processo**, v. 275, jan./2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria da. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1°, do CPC. **Revista de Processo**, v. 267, mai./2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**, v. 7, set.-dez./2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões da constitucionalização das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v.II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. III.

FARIAS, Bianca Oliveira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei de ação civil pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. IV, jul.-dez./2009.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural.** Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, 2015. Mimeografado.

FISS, Owen. Complex Enforcement: unconstitutional prison conditions. **Harvard Law Review**, v. 94, 1981.

FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, 1979.

FISS, Owen. Modelos de adjudicação/models of adjudication. **Cadernos de Direito GV**, v. 1, n. 8, nov./2005.

FISS, Owen M. To make the Constitution a living truth: Four Lectures on the Structural Injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

FLETCHER, William A. The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy. **Yale Law Journal**, v. 91, 1982.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREIRE E SILVA, Bruno; MAZZOLA, Marcelo. Litigância de má-fé no novo CPC. Penalidades e questões controvertidas. Responsabilidade do advogado. **Revista e Processo**, v. 264, fev./2017.

FULLER, Lon. Forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, dez./1978.

FUX, Luiz. Prefácio ao livro MAGALHÃES, Andrea. **Jurisprudência da Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 139.In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2007.

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

GARCIA, Flávio Amaral. **O dispute board e os contratos de concessão**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em 13 jan. 2019.

GISMONDI, Rodrigo. **Processo civil de interesse público e medidas estruturantes**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2017.Mimeografado.

GOLDSTEIN, Joseph; SCHWEBER, Nate. Man's Death After Chokehold Raises Old Issue for the Police. **The New York Times**, Nova Iorque. 18 jul. 2014. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/07/19/nyregion/staten-island-man-dies-after-he-is-put-in-chokehold-during-arrest.html>. Acesso em: 16 jul.2017.

GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. In: ____. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. **Scientia Juris**, v. 5-6, 2001-2002.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: introdução ao Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.v. I.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: introdução ao Direito Processual Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.v. I.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010.v. II.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 04-05, n. 04-05, 2003-2004.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 24, mar./2005.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (org.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 164, out./2008.

GRECO, Leonardo. **Teoria da Ação**. São Paulo: Dialética, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo**, v. 164, out./2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O novo processo do consumidor. In: ____ et al. (org.). **Processo Coletivo**: do Surgimento à Atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: ____; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Advocacia de estado, questões institucionais para a construção de um estado de justiça**: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. ISN ETH Zurich, 1739. Disponível em: <https://people.rit.edu/wlrgsh/HumeTreatise.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.

JOBIM, Marco Félix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). **Coleção repercussões no novo CPC**: processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

JOBIM, Marco Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 18, jan.-abr./2017.

KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K.; MALVEAUX, Suzette M. **Class actions and other multy-party litigation**: cases and materials.3.ed. Minnesota: West Thomson Reuters, 2012.

KING, Jeff. **Judging Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LAYCOCK, Douglas. **Modern American Remedies**: Cases and Materials. 4. ed. Wolters Kluwer, 2010.

LEADERS. **The Economist**. 13 dez. 2014.

LEBRE DE FREITAS, José. **Os paradigmas da acção executiva**. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/professor-doutor-lebre/downloadFile/file/plf.pdf?nocache=1210676672.22>. Acesso em: 18 dez. 2017.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. **Revista de Processo**, v. 244, jun./2015.

LIEBERMAN, Jethro K.; HENRY, James F. Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement. **The University of Chicago Law Review**, v. 53, n. 2, 1986.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. **Revista de Processo**, v. 248, out./2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários ao art. 373. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAGALHÃES, Andrea. **Jurisprudência da Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARÇAL, Felipe Barreto. **Medidas e processos estruturantes (multifocais)**: características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2018. Mimeografado.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social**. 2003. Disponível em:<http://abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%20(9)%20-%20formatado.pdf>. Acesso em 27 dez. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MASUR, Jonathan; POSNER, Eric A. Cost-Benefit Analysis and the Judicial Role. **Public Law and Legal Theory Working Papers**, 2017.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de; FURLAN, Simone. A audiência de saneamento compartilhado do art. 357, §3º, do CPC/2015 e os princípios da cooperação e efetividade. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 18, n. 3, set.-dez./2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDONÇA, Eduardo. **A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UERJ, 2014. Mimeografado.

MENDONÇA, Eduardo. **Remédio ineficaz**: a judicialização desordenada das políticas de saúde, 27.06.2016. Disponível em: <https://jota.info/especiais/remedio-ineficaz-judicializacao-desordenada-das-politicas-de-saude-27092016>. Acesso em: 17 jun. 2017.

METZGER, Gillian E. The Constitutional Duty to Supervise. **Yale Law Journal**, n. 124, 2015.

MIRZA, Flávio. Notas sobre a avaliação da prova pericial: resgatando a causalidade. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. XIV, jul.-dez./2014.

MIRZA, Flávio. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Tributo a Afrânio Silva Jardim**: escritos e estudos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAWETZ, Nancy. Bargaining, class representation and fairness. **Ohio State Law Journal**, v. 54, n. 01, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Cidadania e administração de resultado. In: ____. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado. In: ____. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NAGAREDA, Richard A. **The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation**. New York: Foundation Press, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 26, 2006.

PARIS, Michael. **Framing Equal Opportunity**. Stanford University Press, 2010.

PEPE, Rafael Gaia Edais. **Consent Decrees in Institutional Reform Class Actions:** American Answers for Brazilian Questions. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2919935>. Acesso em 21 ago.2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.v. III.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006.v. I.

PHOTOS: The Death of Eric Garner. **Los Angeles Times.** Disponível em: <http://www.latimes.com/nation/la-na-eric-garner-chokehold-death-pictures-photogallery.html>. Acesso em: 16 jul. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. XIII, jan.-jun./2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil contemporâneo**: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 2.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; NUNES, Patrícia Elael. **A confidencialidade e suas peculiaridades no procedimento de mediação envolvendo a Fazenda Pública**. Disponível em:

<https://www.academia.edu/36470896/A_CONFIDENCIALIDADE_E_SUAS_PECULIARIDADES_NO_PROCEDIMENTO_DE_MEDIAC_A_O_ENVOLVENDO_A_FAZENDA_PU_BLICA_13122017.docx?auto=download>. Acesso em: 16 jan. 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta. **Revista de Processo**, v. 256, jun./2016.

PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do Direito Processual Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 16, jul.-dez./2015.

POSNER, Richard. Pragmatic Adjudication. **Cardozo Law Review**, v. 16, 1996.

PERLINGEIRO, Gabriel. As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 18, n. 3, set.-dez./2017.

REYNOLDS, A. David. The Mechanics of Institutional Reform Litigation. **Fordham Urban Law Journal**, v. 8, n. 4, 1979.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os dispute boards no direito brasileiro. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 9, n. 2, 2015.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (coord.). **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. São Paulo: Atlas, 2017.

RODRIGUES, Marco Antonio; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 14, jul.-dez./2014.

RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, fev./2004.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Minimalism and Experimentalism in the Administrative State. **Georgetown Law Journal**, v. 100, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. São Paulo: Forense, 2011.

SANDER, Frank E. A. Alternative Methods of Dispute Resolution: an overview. **University of Florida Law Review**, v. XXXVII, n. 1, 1985.

SANDLER, Ross; SCHOENBROD, David. **Democracy by decree**: what happens when courts run government. Yale University Press, 2003.

SANTOS, Caroline Mallman Tallamini. Dispute Boards: maximização da eficiência no procedimento pré-arbitral em contratos de construção. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 56, jan.-mar./2018.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**.2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as Catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. **Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group**, n. 07-146, 2007.

SHATANAPALLY, Aruna. **Beyond disagreement**: open remedies in Human Rights Adjudication. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição do juiz na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SIMON, Herbert. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, fev./1955.

SIMON, William H. The Organizational Premises of Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, n. 78, 2015.

SILVA, Ricardo José da Rocha; PEPE, Rafael Gaia Edais. O sistema de precedentes no novo CPC e o processo tributário. In: RODRIGUES, Marco Antonio; BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). **Processo Tributário**. Salvador: Juspodivm, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: ____; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie**.2008.

SULLIVAN, Michael; SOLOVE, Daniel. Can pragmatism be radical? Richard Posner and Legal Pragmatism. **Yale Law Journal**, v. 113, n. 3, 2003.

SUPREMA CORTE DO ESTADO DE KENTUCKY. Rose v. Council for Better Education, 790 S.W.2d 186 (Ky. 1989).

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1955).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015, DJe 19.02.2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 639.337, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 23.08.2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 592.581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.2015, DJe 20.01.2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 632.644, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10.05.2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 16.03.2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2.160 MC, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, DJe 22.10.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 04.06.2009.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo**, v. 128, out./2005.

TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: notas sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>. Acesso em 09 jan. 2018.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados. In: ____. **Processo Civil Comparado**: ensaios. Apres., trad. e org. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.v. 1.

TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. **Texas Law Review**, v. 87, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2ª Vara da Comarca de Itaperuna, Ação Civil Pública n. 0000360-13.2004.8.19.0026, Estado do Rio de Janeiro x Parmalat do Brasil S/A Indústria de Alimentos, ajuizada em 29.01.2004.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação 0003792-95.2004.4.01.3802, Rel. Des. Federal Fagundes de Deus, e-DJF1 07.10.2011.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Apelação 200451090004830, Rel. Des. Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, DJU de 04.16.2009.

TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório**. Salvador: Juspodivm, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa Mendoza: antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Anales da Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales U.N.L.P.**, n. 43, 2013.

VILLELA, Gustavo. O Brasil foi às ruas em junho de 2013. **O Globo**. 15 mai. 2014. Disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/o-brasil-foi-as-ruas-em-junho-de-2013-12500090>. Acesso em: 15 jun. 2017.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 18, n. 3, set.-dez./2017.

WEBER, Max. **Economy and Society**. Trad. Guenther Roth e Claus Wittich. Los Angeles: University of California Press, 1978.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Coisa julgada em matéria constitucional**: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2005.