

# DESMISTIFICANDO OS PROCESSOS ESTRUTURAIS – “PROCESSOS ESTRUTURAIS” E “SEPARAÇÃO DE PODERES”

Demystifying the structural litigation – ‘structural litigation’ and ‘separation of powers’  
Revista de Processo | vol. 331/2022 | p. 239 - 259 | Set / 2022

## Sérgio Cruz Arenhart

Pós-Doutor pela Università degli Studi di Firenze. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Professor Visitante na Universidade de Zagreb (Croácia). Professor Associado dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da UFPR. Procurador Regional da República e ex-juiz Federal.

[arenhart@mpf.mp.br](mailto:arenhart@mpf.mp.br)

## Gustavo Osna

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor Adjunto dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação Stricto Sensu da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS. Advogado e Parecerista.

[gustavo@mosadvocacia.com.br](mailto:gustavo@mosadvocacia.com.br)

**Área do Direito:** Civil; Processual

**Resumo:** Os processos estruturais, ao longo dos últimos anos, têm assumido papel de destaque no processo civil brasileiro. Muitas vezes, porém, seu estudo acaba conduzindo à formação de alguns mitos – ligados à eventual incompatibilidade entre a técnica e garantias ou preceitos tradicionais do direito processual. O presente artigo, dando sequência a estudo anterior ligado ao tema da “segurança jurídica”, possui como objeto de análise a potencial incongruência entre “processos estruturais” e “separação de poderes”. Para conduzir a análise, apresenta-se, primeiramente, a origem e a noção tradicionais de “separação de poderes”. Após, são expostas algumas considerações a respeito dos “processos estruturais”, e especialmente a respeito de sua aplicabilidade a políticas públicas. Por fim, demonstra-se como as peças podem se encaixar e servir para um aprimoramento da atividade jurisdicional.

**Palavras-chave:** Processo Civil – Processo Estrutural – Separação de Poderes – Políticas Públicas

**Abstract:** Over the last years, structural litigation is receiving prominent attention at the Brazilian civil procedure. On many occasions, however, the study of such subject is leading to some myths – related to the incompatibility between the technique and procedural traditional rules or guarantees. This article, which follows a previous essay related to the concept of ‘legal certainty’, analyses the potential incongruence between the ‘structural litigation’ and the idea of ‘separation of powers’. In order to provide this investigation, we firstly present the idea and the origins of the ‘separation of powers’ traditional theories. After that, we provide some considerations regarding the idea of ‘structural injunctions’ and, specially, regarding its enforcement at political policies. At last, we argue that both pieces can fit and allow an important improvement of adjudication.

**Keywords:** Civil Litigation – Structural Litigation – Separation of Powers – Public Policies

**Para citar este artigo:** Arenhart, Sérgio Cruz; Osna, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais – “processos estruturais” e “separação de poderes”. *Revista de Processo*. vol. 331. ano 47. p. 239-259. São

Paulo: Ed. RT, setembro 2022. Disponível em: inserir link consultado. Acesso em: DD.MM.AAAA.

### **Sumário:**

1 Introdução - 2 “Separação de Poderes” e “Processos Estruturais”: desmistificando a Relação - 3  
Considerações finais - 4 Referências bibliográficas

## **1 Introdução**

O presente artigo dá continuidade a conjunto de ensaios publicado com o propósito de esclarecer algumas dubiedades ligadas aos processos estruturais – desmistificando ideias usualmente relacionadas ao seu conteúdo. Em síntese, conforme indicado em ensaio anterior que demonstrou o acoplamento entre a temática e o postulado da segurança jurídica, o avanço da técnica tem gerado diferentes indagações, que merecem enfrentamento específico para facilitar a sua compreensão e o seu uso.

Naquela primeira ocasião, indicou-se que, entre esses gargalos, encontra-se a recorrente menção ao fato de os processos estruturais, alegadamente, atentarem contra nosso modelo constitucional de “separação de Poderes” (ou de divisão de funções estatais). Ainda nessa toada, não é incomum que se procure rotular a técnica, pejorativamente, tal qual representasse hipótese indesejada de “ativismo judicial”<sup>1</sup>.

Afinal, é correto afirmar que a consolidação dos processos estruturais caracterizaria imissão excessiva do Judiciário em áreas afetas aos demais Poderes? Sua aceitação ocasionaria uma distorção do desenho constitucional de funções próprio à esfera pública?

As próximas páginas procuram enfrentar essas ponderações. Com esse propósito, dedicamos atenção, em um primeiro momento, à própria composição dos “Poderes” ou “funções” estatais e ao seu atual *design* – compreendendo o cerne do problema. Após, serão traçadas considerações ligadas aos processos estruturais, destacando hipóteses nas quais o ponto de colisão aqui endereçado poderia ser identificado. Por fim, será objeto de investigação se a atuação estrutural do processo, verdadeiramente, corresponde a fator determinante para uma atividade mais expansiva da esfera jurisdicional.

## **2 “Separação de Poderes” e “Processos Estruturais”: desmistificando a Relação**

### **2.1.A “Separação de Poderes”: linhas gerais**

Mantendo opção simétrica àquela já adotada em relação à ideia de segurança jurídica, a atual investigação estabelece como elemento inicial o exame da própria concepção mais tradicional de “separação de poderes”. O tema é bastante arraigado no pensamento jurídico brasileiro, tratando-se de questão recorrente e inevitável em nossos bancos escolares. Ainda assim, procurando firmar as premissas para o exame da presente temática, é preciso tecer algumas considerações relacionadas a esse fator.

Afinal, ao falar-se em “separação de Poderes”, procura-se designar que espécie de arranjo do setor público? Quais seriam os propósitos e as virtudes que embasariam essa segmentação, fazendo com que sua consolidação perdurasse no tempo e assumisse status de cláusula pétrea em nosso atual arranjo constitucional?

De um modo geral, parece possível estabelecer que a pedra-angular do modelo hoje predominante de funções estatais (segmentando-as entre Executivo, Legislativo e Judiciário) residiu na tentativa de conter o arbítrio – por meio da criação, na própria esfera pública, de filtros recíprocos de controle<sup>3</sup>. Se o aspecto mais determinante da formação do Estado Moderno foi romper com o contexto abusivo antes existente, a

segmentação entre Poderes assumiria aqui um importante papel. No campo do Direito, esse aspecto acaba sendo especialmente marcado pela usual segmentação entre Legislativo e Judiciário – afirmando-se que incumbiria ao primeiro a produção legislativa, e ao segundo (sem imissão excessiva) sua aplicação<sup>4</sup>.

De fato, em uma análise abreviada, não é exagero afirmar que antes das mudanças valorativas que nosso teórico rotulou de “liberalismo” o *Estado* assumia contornos pouco similares àqueles que hoje conhecemos. Ao invés de uma estrutura marcada por uma força central e exclusiva, vigorava um modelo pautado na dispersão social e na valorização de grupos. O Estado Liberal caminhou na contramão dessa lógica. Concentrando prerrogativas, procurou-se estabelecer aí um “poder público” *polarizado e excludente*.

Diante disso, se em um momento anterior a coexistência de inúmeras órbitas de autoridade era tolerada, a partir daqui o uso legítimo da força passa a ser reconhecido como uma prerrogativa unicamente estatal<sup>5</sup>. Procura-se minar eventuais esferas diversas de poder, fazendo com que a própria noção de “sujeito” assumia novo conteúdo: se antes se colocava em primeiro plano a coletividade, o ideário liberal fez com que o núcleo passasse a ser o *indivíduo*, em si<sup>6</sup>; estaria nele o limite à autoridade estatal. E, para aceitação dessa moldura, a promessa de *segurança* exerceu um papel determinante: de um lado, a composição do ente estatal decorreria de uma *concessão* dos indivíduos, abdicando de alguns dos seus poderes em favor do próprio Estado; de outro, a construção de um espaço *seguro e previsível* representaria a contrapartida desejada com essa renúncia, embasando a aceitação de um poder central.

Em boa medida, foi esse o argumento nuclear do discurso contratualista<sup>7</sup>. E foi também a partir dele que o desenho da separação de Poderes encontrou seu ambiente ideal. A ideia basilar, a nortear a conformação do espaço público, seria dada por um Estado limitado e vocacionado à proteção da *liberdade* de cada sujeito e *incapaz* de nela se imiscuir<sup>8</sup>. Sua orientação deveria ser dada pela *neutralidade*, voltada a obter um sistema pretensamente igualitário. E, sob esse ângulo, evidentemente não poderia o Judiciário ir na contramão da produção advinda do Legislativo – vez que fator determinante para o funcionamento de tal estrutura<sup>9</sup>.

Realmente, a assertiva se justifica na medida em que, partindo desse pano de fundo, vigorava a razoável crença de que residiria no texto legal a mais pura expressão democrática. Com efeito, por meio dos *enunciados genéricos* seria possível regular os eventos sociais de forma *previsível e igualitária*. Acentuava-se a importância da noção de *legalidade*, colocando-a como limite para a atuação estatal.

A questão é didaticamente posta por Clémerson Merlin Clève, sinalizando que:

“imaginavam os revolucionários que o Parlamento produziria a lei pelo trabalho dos representantes da nação orientados pela razão; e porque a lei era, a um tempo, regra criada pela nação por meio de seus representantes (questão de forma) e orientada pela razão (questão de fundo), ela não poderia atentar contra a justiça e contra a liberdade”<sup>10</sup>.

De que modo esse pensamento geral, ligado às fronteiras da atividade judicatória, repercutiu no processo? Como essa leitura limitadora, própria à matéria durante vasto período, impactou o pensamento processual?

Ainda que o tema não possa ser aqui encerrado, já se demonstrou em outras oportunidades que esse discurso geral impactou a própria compreensão dos discursos mais tradicionais ligados à *jurisdição*, à *ação* e ao *processo*<sup>11</sup>. Em síntese, analisando o pensamento de teóricos como Chiovenda, Allorio ou Carnelutti (nucleares para a formação de nosso pensamento jurídico), constata-se haver ali um forte diálogo com o pensamento liberal e com o contexto estatal então vigente<sup>12</sup>. E nem poderia ser diferente. Afinal, como notado por Daniel Mitidiero, o processo civil não é uma ilha – e o processualista também não o é<sup>13</sup>.

Enfim, sintetizando o tópico, é preciso notar que, tradicionalmente, nosso modelo de funções estatais acabou

assumindo essa natureza tripartite. Partindo desse pilar, procura-se estabelecer um claro confinamento ao Judiciário: de um lado, não lhe seria dado acertar conflitos em sentido contrário ou dissonante àquele posto pelo texto legal (então entendido como unívoco<sup>14</sup>); de outro também extrapolaria sua vocação eventual controle ou revisão de medidas adotadas pelo Executivo, especialmente dentro de seu poder planejador e organizacional.

## **2.2 Os “Processos Estruturais”: o “Problema” da Atuação em Políticas Públicas**

Como regra, é exatamente em relação a esse último ponto que se costuma estabelecer uma eventual incongruência entre os “processos estruturais” e nosso desenho constitucional de separação de funções. E isso porque, muitas vezes, a prática dos provimentos estruturais possui como pano de fundo temáticas ligadas a políticas públicas – relacionando-se com a sua gestão e com a sua execução. Nesses casos, há quem afirme que a matéria viabilizaria um eventual “ativismo” do Judiciário – levando-o a agir em searas que extrapolariam sua competência e tolheriam a liberdade dos demais Poderes.

Para compreender o problema, é interessante notar que ele parece dialogar em certa medida com a própria captura teórica inicial do instituto<sup>15</sup>. Em resumo, é recorrente se atribuir a Owen Fiss as primeiras análises acadêmicas ligadas ao “processo estrutural” – assim como o próprio desenvolvimento dessa terminologia<sup>16</sup>. E, em seu campo de investigação, haveria a correlação entre essa via resolutive e uma ressignificação da própria função jurisdicional.

Resumindo a análise, é possível afirmar que Fiss adotou como base de seu raciocínio o fato de o processo civil estadunidense, tradicionalmente, ter se desenvolvido com o propósito exclusivo de resolver conflitos lineares<sup>17</sup>. Não obstante, ao se manifestar a respeito de aspectos particularmente afeitos à concretização de *civil rights*, a jurisdição acabaria por assumir novas feições e novos papéis. Afinal, nessa seara, a afirmação dos valores públicos passaria por verdadeiras “reformas estruturais”.

Nas palavras do próprio autor, a jurisdição seria “o processo por meio do qual os valores contidos em um texto legislativo, como a Constituição, receberiam significado e expressões concretas”. Contudo, “na era dos direitos civis, uma nova forma de atividade jurisdicional se manifestou”, sendo essencialmente marcada por duas características: a primeira, a percepção de que a “ameaça aos valores constitucionais não é posta por indivíduos, mas pela atuação de organizações de larga escala”; a segunda, o reconhecimento de que, sem a “reestruturação” dessas organizações, suas “ameaças a valores constitucionais não podem ser e não serão eliminadas”<sup>18</sup>. Incumbiria então ao Judiciário, quando confrontado com essas ameaças, promover a aludida “reforma estrutural”.

Seria esse tipo de situação que, na realidade norte-americana, teria sido concretizada em casos como *Brown v. Board of Education* e *Holt v. Sarver*. O primeiro, relacionado à (i)legalidade da segregação racial no espaço escolar lastreada no critério de *separate but equal*<sup>19</sup>; o segundo, ligado à tutela de direitos elementares de encarcerados no sistema prisional do Arkansas<sup>20</sup>. Ainda que ambos não possam ser aqui esmiuçados, é certo que nas duas pontas houve atuação do Judiciário em espaços que – a partir de uma moldura ortodoxa da separação de poderes – poderiam ser vistos como estranhos ao seu espectro de competência.

Também assim, hoje, há situações tidas como estruturais na realidade brasileira que caminham para o mesmo destino. De maneira exemplificativa, vale aqui menção a algumas circunstâncias nas quais o nosso campo processual, por meio da tutela estrutural, parece vir agindo em searas próprias às políticas públicas. Vale destacar que os casos aqui trazidos são apenas uma pequena amostra de um movimento mais amplo que consolida essa jornada.

Nesse sentido, é possível citar, como um primeiro exemplo que ilustra essa relação, a ação civil pública

proposta pelo Ministério Público Federal em face da União e da Agência Nacional de Mineração – ANM, após os recentes desastres ambientais experimentados pela sociedade brasileira (especialmente, o estouro de barragens que assolou a região do Vale do Rio Doce). Nessa oportunidade, foi destacado pelo *Parquet*, já em inicial, que o feito buscava “a adoção de medidas estruturais para a revisão da política federal de aprovação, licenciamento, operação e fiscalização de barragens, a cargo dos réus”. Do mesmo modo, salientou-se a necessidade de:

“intervenção jurisdicional para, mediante o desenvolvimento de um processo estrutural, planejar, implementar e fiscalizar medidas capazes de criar, no futuro, uma estrutura pública de fiscalização de barragens que possa desempenhar suas tarefas de maneira confiável e eficiente”.

Considerando essa abertura de objeto, tornando o processo confessamente *estrutural*, haveria um óbvio impacto nas eventuais medidas a serem efetivadas em seu âmbito. Como narrado na própria inicial, trata-se da:

“migração de um modelo repressivo do Poder Judiciário para um modelo resolutivo e participativo, constituindo-se uma noção experimentalista de reparação que se antecipa aos resultados lesivos e resulta na construção conjunta de soluções jurídicas adequadas”.

E essa leitura se reflete nas pretensões formuladas no âmbito do litígio, flagrantemente abertas, dialógicas e incompatíveis com o léxico mais tradicional do processo civil.

Também nessa linha, é elucidativo do percurso aqui indicado o processo, de cariz estrutural, que tramitou no âmbito do estado do Ceará tendo como pano de fundo o fornecimento de órteses e de próteses, assim como a realização de cirurgias ortopédicas de alta complexidade. No caso, de início, vislumbrou-se um inequívoco déficit de proteção ao direito fundamental à saúde, dadas as excessivas filas e a demasiada demora que condicionavam a realização dos procedimentos adequadamente prescritos.

Ocorre que, conforme notado pela magistrada responsável pela apreciação do feito, Dra. Cíntia Menezes Brunetta, era perceptível que a pretensão judicialmente posta poderia esbarrar em óbices materiais – não comportando enfrentamento simplista. Por força disso, optou-se por conduzir o rito processual de modo diferenciado, em um percurso bastante rente ao que se costuma designar como “processo estrutural”: ao reconhecer-se a existência do problema, priorizou-se a tentativa de um aprimoramento consensual do cenário, tendo sido realizadas diferentes audiências para esse propósito.

Enfim, ainda de maneira claramente estrutural, essa solução compartilhada acabou conduzindo a resultados prospectivos e progressivos, voltados à maximização da tutela da saúde local. Nesse sentido, foram estabelecidos calendários futuros e construídas alternativas momentâneas (como a celebração de convênios) para que se tornasse viável uma construção conjunta e factível capaz de superar o ambiente deficitário.

Por fim, um último caso a ser aqui mencionado é dado por diferentes debates coletivos, especialmente no estado de São Paulo, relacionados à insuficiência de vagas em creches disponíveis em determinadas localidades. Nesses casos, coloca-se em debate uma potencial negativa a direito básico da criança – o qual, por excelência, deveria ser prioritário.

Uma vez mais, porém, tem sido recorrente nesse campo a percepção de que o processo civil, para ser efetivo, deve se valer de um enfoque prospectivo; de que não é factível uma pronta e imediata recomposição do problema, exigindo-se um olhar futuro capaz de aprimorar, gradualmente, a situação.

Ilustrando o tema, veja-se, por exemplo, que no ano de 2021 o Ministério Público do Estado de São Paulo

celebrou com a municipalidade de Mogi das Cruzes, no âmbito de ação civil pública previamente proposta afeta à questão, acordo voltado a sanar até o limite de julho de 2024 o déficit de vagas ali existente<sup>21</sup>. Isso, mediante cronograma gradual e paulatino voltado a enfrentar o problema, mas sem deixar de lado um critério de viabilidade.

Enfim, para os presentes propósitos, o ponto nodal a ser percebido é que em todos esses casos parece existir medida resolvida estruturalmente tendo como objeto eventual debilidade ou distorção afeta a uma política pública. E, nesses casos, surgiria assim a potencial invasão de esferas por vezes suscitada em prejuízo à técnica. Ao conduzir a uma atuação do Judiciário em searas originalmente destinadas aos demais Poderes, o processo estrutural não configuraria uma ruptura com a separação de funções estatais? Não haveria, aí, um indesejado “ativismo” judicial?

### **2.3. Atando as pontas: os “Processos Estruturais” ferem a “Separação de Poderes”?**

Enfrentando as indagações trazidas ao final do último tópico, consideramos que a relação por elas proposta se mostra bastante equivocada. Na realidade, quem se coloca em rota de colisão com os processos estruturais pelo fato de a técnica alegadamente ferir a separação de poderes parece, respeitosa e direcionadamente, sua munição para o alvo errado. E isso, em ampla medida, por má-compreensão do mecanismo – seja no que toca aos seus propósitos, seja no que diz respeito à sua gênese.

De fato, conforme já indicado no primeiro artigo que compõe a presente série (no qual se enfrentou a correlação entre “processos estruturais” e “segurança jurídica”), falar em “processos estruturais” é, antes de tudo, fazer menção a uma adaptação do processo voltada a lidar de maneira mais adequada com problemas complexos ou multipolares que batem em sua porta. Sob esse ângulo, o mecanismo deve ser entendido como um caminho para a otimização da atividade jurisdicional.

Considerando esse pano de fundo, um primeiro aspecto a ser notado é que, diversamente do que por vezes se supõe, a ideia de “processo estrutural” não se circunscreve ou se limita à seara das políticas públicas. Pelo contrário, ainda que a técnica seja bastante propícia para conformar a participação jurisdicional nessa seara, ela possui aplicabilidade bastante mais ampla<sup>22</sup>.

De fato, por mais que a cisão entre o “público” e o “privado” pareça hoje extremamente mais tênue e fluída do que em outro momento se poderia supor<sup>23</sup>, nada obsta que os provimentos estruturantes sejam utilizados em circunstâncias predominantemente inseridas nessa segunda esfera. Nesses casos, ao invés de servir como elemento de atuação em políticas públicas, o processo estrutural é frontalmente direcionado à correção de problemas complexos ocasionados por particulares.

Há, em nossa prática, diferentes situações que poderiam ser mencionadas para demonstrar essa aplicabilidade<sup>24</sup>. Como exemplo, é possível identificar a atuação estrutural fixada, mediante acordo superveniente à propositura de ação coletiva, para adoção de medidas prospectivas de inclusão racial pela sociedade Carrefour. Também, é visível a dinâmica estrutural das medidas fixadas em face da companhia Zara como forma de recomposição de seus postos e regimes de trabalho após persecuções ligadas a esse ponto. Ainda, caberia sublinhar tutela imposta em face da sociedade Braskem, tendo como pano de fundo o abalo à moradia causado na região da Lagoa Mundaú, no município de Maceió/AL, devido à sua atividade de exploração de sal-gema<sup>25</sup>.

Ora, em todos esses casos se observa, de modo comum, que o processo estrutural serviu como instrumento para viabilizar a concretização de direitos fundamentais no contexto de atividades eminentemente privadas. É certo que, diante disso, surgem novos debates e pontos de discussão (como a própria dimensão de

exigibilidade e de oponibilidade de tais interesses nesse setor<sup>26</sup>). De todo modo, extrai-se de cada um deles que pensar no uso de técnicas estruturais no âmbito do processo é pensar em uma realidade que extrapola o debate ligado a políticas públicas. Trata-se de caminho provido de aptidão bastante mais significativa.

Por outro lado, é ainda indispensável ressaltar que mesmo no âmbito específico das políticas públicas a eventual crítica ao processo estrutural parece desmotivada. E isso porque, na realidade, acredita-se existir uma sensível confusão conceitual nessa abordagem. Em síntese, sustentar que os processos estruturais violam a “separação de poderes”, ou configuram caso indesejado de “ativismo judicial”, nada mais é do que *culpar o cirurgião por utilizar um meio ótimo para realizar intervenção que foi clinicamente prescrita*. Em poucas palavras, não é a técnica estrutural quem autoriza ou desautoriza, quem viabiliza ou inviabiliza, a participação do Judiciário nessa esfera. O debate em questão é bastante precedente, razão pela qual, se há algo a ser questionado, o foco de ataque deve ser depositado nessa premissa.

Levando em conta a composição das funções estatais em nosso atual modelo constitucional, seria dado ao Judiciário atuar em questões como a criação, o fornecimento e a planificação de vagas em creches? A resposta seria a mesma ao direcionarmos os olhos para elementos como o aprimoramento de cirurgias ortopédicas? Tendo em vista que o papel de fiscalização do setor de mineração é incumbência do Executivo, seria legítimo transferir debate afeto a esse particular para o palco do processo?

Não há dúvidas de que cada uma dessas indagações poderia suscitar diferentes debates. Isso, especialmente, porque é comum em doutrina a constatação de que, em nosso atual contexto, um modelo estanque e rígido de segmentação de poderes (como aquele pensado à luz do discurso contratualista) não é mais possível ou desejado<sup>27</sup>. Sob esse ângulo, por muitas vezes se abdica de uma defesa rigorosa da eventual contenção jurisdicional, percebendo que o processo pode (e deve) ser um ambiente adequado para a revisão e o ajuste de políticas públicas.

Qual seria, porém, o limite dessa atuação? Poderia o Judiciário atuar em real substituição a anseios ou vontades expressamente (ou silenciosamente) trazidas pelas demais funções estatais? Considerando que seus membros não são eleitos, ou passam por qualquer forma de crivagem popular, qual seria a sua fonte de legitimidade?

Cada uma das questões dá ensejo a diferentes debates e a considerações bastante sensíveis. Não é por outro motivo que o tema desafia não apenas (e talvez não principalmente) o processo, mas sim ramos que lhe são anteriores – como o Direito Constitucional ou a Teoria do Estado. Nessa batalha, há argumentos postos de ambos os lados da trincheira que merecem olhar atento.

Realmente, e embora não se concorde com tal posicionamento, seria possível que ao enfrentar esses dilemas alguém concluísse que o Judiciário *não deveria atuar* em casos análogos àqueles previamente descritos. Perceba-se, porém, que essa discordância, para surtir algum efeito, seria inevitavelmente preliminar. Em resumo, uma coisa é estabelecer se o Judiciário deve, ou não, possuir atuação mais dilatada em aspectos originalmente atribuídos a outros Poderes; outra é, *uma vez admitida essa atuação*, indagar o melhor meio processual para efetivá-la. E é nessa segunda ponta, e não na primeira, que se insere a temática dos processos estruturais. Ato contínuo, o questionamento aqui refutado não parece possuir maior razão de ser.

#### **2.4 Sem processos estruturais, com participação em políticas públicas**

No tópico anterior, destacou-se que a eventual atuação do Judiciário em temáticas afetas a políticas públicas, ou a outros temas que aparentariam guardar relação prioritária com as demais funções estatais, em nada se relaciona com os processos estruturais. Pelo contrário, a técnica em questão é apenas um *meio* que pode se

mostrar idôneo para esse fim.

Firmada essa premissa, é possível, por fim, estabelecer alguns questionamentos: eventual inadmissão dos processos estruturais faria com que o Judiciário *deixasse* de atuar nessas searas? Caso o mecanismo seja tido como inaceitável, de que outra forma essa atividade poderia se dar?

As indagações são decisivas e possuem especial pertinência. E isso porque, em relação à primeira, considera-se que sequer há maior dubiedade. Como dito, não são os processos estruturais que conduzem a uma atuação mais expansiva do Judiciário – mas sim um debate prévio, afeto à própria compreensão de sua função. Sendo assim, também não seria sua inexistência que inviabilizaria essa atividade, a qual teria que se sujeitar a outros meios. E, em nossa visão, referido aspecto se mostraria muito mais problemático.

De fato, mesmo em um momento anterior à valorização acadêmica dos processos estruturais o direito processual civil brasileiro já vinha convivendo concretamente com o controle jurisdicional de políticas públicas. Isso ocorria, contudo, de modo essencialmente irresponsável e insuficiente. Irresponsabilidade não porque os juízes que atuavam nesses processos agiam de modo incorreto, mas porque os instrumentos processuais empregados para esse controle eram manifestamente inadequados. De fato, tanto demandas individuais quanto o processo coletivo, em sua visão mais ortodoxa e comum na nossa doutrina<sup>28</sup>, mostravam-se flagrantemente insuficientes para dar vazão às necessidades de uma discussão jurisdicional minimamente satisfatória de políticas públicas.<sup>29</sup>

Os processos individuais, certamente, por sua própria finalidade, não se afeiçoam a esse debate. O recorte que promovem no conflito – que passa a ser traduzido apenas na pretensão deduzida pelo autor em face do réu – faz com que toda discussão de política pública se converta em simples debate entre um “direito subjetivo” de determinado indivíduo frente ao Estado. Tome-se o exemplo das ações de medicamentos – frequentes no âmbito jurisdicional atual – nas quais algum sujeito específico pretende, com base no direito fundamental à saúde, a concessão de certo fármaco, normalmente de custo elevado ou de comercialização ainda não aprovada pelos órgãos públicos que regulam o setor. Demandas individuais como essas, como por um passe de mágica, convertem um problema que é extremamente grave em uma discussão singela: o direito fundamental à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a indivíduo determinado? Ou, em outros termos, reduz-se o problema a um conflito entre o direito fundamental à vida e à saúde (daquele que busca o medicamento como forma para sobreviver) *versus* o interesse patrimonial do Estado (que se nega a custear o remédio para o autor).

Sob esse ângulo, a discussão parece muito simples e sua solução, evidente. Porém, o que na realidade esse processo individual faz é ocultar o verdadeiro conflito: a política pública de saúde nacional<sup>30</sup>. Realmente, esse tipo de demanda obscurece o fato de que, aquilo que está em jogo nessa causa, é a discussão sobre como devem ser distribuídos os recursos reservados à saúde no país. E, pior, ao condicionar a distribuição desses recursos a partir do ajuizamento das ações individuais, faz com que eles sejam alocados segundo: a) a maior compreensão do emprego do Judiciário na tutela dos próprios interesses; b) a anterioridade do exercício do direito de ação; c) o mais alto nível cultural, econômico e social do requerente (que, *ultima ratio*, é aquele que mais facilmente preenche os dois primeiros requisitos). Ou seja, ao fim e ao cabo, as ações individuais privilegiam aqueles que, normalmente, estão em condições “menos desfavoráveis» e, portanto, que não serão aqueles que mais necessitam da proteção da política pública.

Por outro lado, caso concebidas de modo ortodoxo e tradicional<sup>31</sup>, as ações coletivas também não dariam conta do problema. Isso porque, de maneira equivocada, é comum que a tutela coletiva brasileira seja resumida a um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Com isso, não se permite suficientemente à coletividade expressar sua

vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os seus interesses.

Não bastasse, essa compreensão ortodoxa da matéria também faria com que a proteção material corresse o risco de esbarrar nas mesmas limitações da tutela individual. Os instrumentos processuais seriam os mesmos, as técnicas seriam as mesmas e mesmo o procedimento desenhado seria, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. E, mais grave, mesmo a dita “representação” feita pelo legitimado para a tutela coletiva poderia ser mais aparente do que real. Com efeito, um agente do Ministério Público, por exemplo, pelo simples fato de sê-lo, poderia dispor da aparente prerrogativa formal de expressar – *sem sequer ser obrigado a consultar qualquer membro da comunidade ou da coletividade como um todo, ou mesmo sem nem mesmo dar a oportunidade a esses grupos ou à sociedade de manifestar-se previamente* – aquilo que a sociedade precisa, deseja ou exige.<sup>32</sup> Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo, nessa situação, *aliena* exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos. E faz tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual ou seja, segundo um processo *bipolarizado*,<sup>33</sup> em que necessariamente se veem posições antagônicas em que uma deve prevalecer sobre a outra.

Essa mesma racionalidade também poderia ser transposta para outros aspectos, como a tentativa de restringir a atividade processual ao princípio da demanda<sup>34</sup>. Assim, pensando-se em um processo coletivo *limitado* em sua condução e em sua resposta, ter-se-ia um desenho visivelmente insuficiente para dar conta de situações complexas, multipolares e insuscetíveis de imediata efetivação – como é o caso das políticas públicas.

Como consequência, nota-se que o papel que pode ser aqui assumido pelos processos estruturais é virtuoso. Conforme esmiuçado com vagar em outras oportunidades<sup>35</sup>, essa via processual permite um realocamento da dinâmica participativa e representativa na disputa: de um lado, entende-se que o problema posto, muitas vezes, é multipolar (e, por isso, exige novos meios de debate e de diálogo); de outro, viabiliza-se um percurso mais flexível de efetivação e de consolidação da tutela jurisdicional (permitindo vias compartilhadas, consensuais e progressivas de materialização).

De fato, ao entender-se os processos estruturais como um campo mais flexível e dinâmico de que o Judiciário pode se valer a partir das necessidades materiais, escancara-se que há aí um importante ponto de apoio para que temas sensíveis conduzidos à sua apreciação possam ser mais bem explorados.

Como dito, há uma primeira ponta na qual essa questão é visivelmente verificada. É que os processos estruturais viabilizam que a resposta dada ao problema seja construída por meio de um enfoque *prospectivo*. Por isso, acaba se mostrando um instrumento prolífico para o novo papel que comumente tem recaído sobre o Poder Judiciário no atual contexto do Estado Regulador. Como percebido por Bruno Salama e por Mariana Pargendler, trata-se do fato de, nesse arranjo, a própria ideia de *government by policies* não raramente transbordar as demais funções estatais e chegar ao campo jurisdicional.<sup>36</sup>

A questão é trazida de maneira elucidativa, também, por Fábio Konder Comparato. Em seus dizeres,

“o ‘government by policies’, em substituição ao ‘government by law’, supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas sobre fatos não redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva ou qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previsionial, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e

humanos –para sua consecução. Em uma palavra, o planejamento”.<sup>37</sup>

Ora, o processo civil ortodoxo, ao olhar apenas para o passado e buscar imediatamente respondê-lo, certamente não dá conta dessa realidade. Pelo contrário, sem qualquer espécie de tentativa de arranjo futuro, a tendência é que se chegue a uma decisão inócua (impondo-se, por exemplo, a criação de vagas ou o fornecimento de remédios em prazo materialmente inviável). Por decorrência, o olhar futuro viabilizado pelo processo estrutural é elementar.

Na mesma medida, se foi mencionado que essa espécie de dilema costuma envolver questões multipolares, também a ampliação dialógica permitida pela condução estrutural da disputa pode desempenhar um importante papel. A questão não pode ser aqui esgotada. De todo modo, conforme temos amplamente defendido, é inconteste que os processos estruturais devem exigir um realinhamento e uma releitura do diálogo entre os atores envolvidos e impactados pela decisão<sup>38</sup>. Como exemplo, Hermes Zaneti Jr. e Cláudio Madureira oferecem um importante ângulo de análise pautado por um diálogo com o ideal do *formalismo-valorativo*<sup>39</sup>. Nesse sentido, salientam que a existência de um contínuo *dever de diálogo* deveria servir como próprio limite para a atuação criativa que é nuclear à espécie de procedimento em questão.

Explicando com maior vagar esse raciocínio, veja-se que, para construí-lo, os autores estabelecem como premissa inicial que os provimentos estruturantes, por sua própria natureza, trariam consigo um constante toque de *flexibilidade*. Em poucas palavras, a condução desse tipo de processo exigiria uma atuação mais fortemente gerencial do órgão julgador, identificando constantemente as necessidades concretas ligadas ao feito e customizando atos a serem tomados no processo de modo a conferir maior retidão com a própria realidade subjacente ao debate.

De modo ainda mais acentuado, essa natureza fluída representaria o principal ponto de apoio para a *efetivação* das providências determinadas no âmbito da medida estrutural voltadas a tutelar o bem jurídico tido como relevante. Em poucas palavras, todos os aspectos indicados até aqui levam à constatação de que, nessa espécie de processo, o Judiciário poderá determinar a necessidade de *proteção* de determinado interesse, mas sem fixar de imediato as medidas a serem concretamente adotadas para esse fim.

Ocorre que, visivelmente, esse raciocínio traz consigo uma necessária desconstrução de toda leitura absolutamente rigorosa relacionada à *congruência* entre os requerimentos já trazidos e debatidos em juízo e a atividade jurisdicional. Mais precisamente, é necessário permitir que o Judiciário tome contato com *todo o problema*, sob suas várias perspectivas.

Esse elemento impõe uma releitura da forma de efetivação da garantia de *contraditório*: o contraditório visto como direito de *efetivamente influir* no convencimento do juiz,<sup>40</sup> aqui, não pode limitar-se às partes processuais do conflito abstrato.

Assim, é preciso que os instrumentos de debate sejam maximizados, superando uma visão puramente dicotômica da condução processual e percebendo-se que, ao redor de um mesmo objeto, os processos poderão envolver *várias visões e vários interesses diferentes* – que não poderão ser agrupados apenas em dois blocos distintos e que, temporalmente, poderão convergir ou divergir. Como consequência, o crivo do *diálogo*, respeitadas as possibilidades e as exigências da matéria em questão, deve ser *constante*. E essa parece ser uma necessidade candente em qualquer debate democraticamente posto ligado à aferição de políticas públicas – evidenciando a adequação, para esse fim, dessa via procedimental.

Sendo assim, identificando o problema sob qualquer das pontas, o que se vê é que os processos estruturais tendem a ser a *melhor* resposta para que o Judiciário possa atuar em searas complexas como aquelas que

caracterizam a política pública.

Recorda-se aqui, uma vez mais, a ponderação trazida ao final do último tópico: se essa atuação deve ou não ocorrer é um *primeiro problema*; contudo, caso admitida, a ausência dos processos estruturais apenas faria com que essa atividade se sujeitasse a um caminho incongruente com os seus traços e com as suas necessidades. Atacar a matéria com base no mito aqui desconstruído não terá como efeito afastar o exame de políticas públicas pelo Judiciário, mas sim impor que essa avaliação se dê por meio de um caminho procedimentalmente inidôneo.

### 3 Considerações finais

A separação de Poderes, nos termos mais tradicionalmente concebidos, possui em sua linha-mestra um forte toque Liberal. O presente ensaio procurou demonstrar esse aspecto, indicando os principais vetores que levaram à formação dessa ideia. Indicou-se igualmente, contudo, que a manutenção desse postulado, em sua modelagem tradicional, é questão hoje bastante disputada – ensejando relevantes debates ligados aos limites e às funções do Judiciário.

Mais importante do que esse pano de fundo, porém, parece-nos resgatar que os *processos estruturais*, em ampla medida, passam ao lado desse embate. Em resumo, viu-se ao longo do artigo que: (i) sua aplicabilidade não está limitada à esfera pública, ou ao controle de políticas públicas; e, (ii) mesmo nessa particular seara, a técnica em questão procura vislumbrar um *meio*, posterior à definição de um *fim*. Em outras palavras, questionar a tutela estrutural pelo fato de ela configurar uma violação à divisão de funções do Estado parece de todo equivocado: o que define ou não essa exasperação é, no máximo, a *proteção material* exigida ou vislumbrada – e não o *percurso procedimental* voltado à sua efetivação.

Diante disso, a conclusão a ser posta é bastante objetiva: a eventual participação do Judiciário na seara das políticas públicas poderá ou não ocorrer *independentemente* da existência dos processos estruturais. Contudo, caso eles não existam, certamente se dará por meio de um rito menos adequado e oportuno para esse fim. A potencial antinomia entre as pontas, assim, não se confirma sequer em abstrato.

### 4 Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. In: ROSE-ACKERMAN, Susan. LINDSETH, Peter L. (Coords.). *Comparative Administrative Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Félix. *Curso de Processo Estrutural*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT. (no prelo).

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Félix. *Curso de Processo Estrutural*. São Paulo: Ed. RT, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Revista Interesse Público*. n. 46. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. São Paulo: Elsevier, 2011.

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

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

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fones, 2006.

DICK, Rebecca P. Prison Reform in the Federal Courts. In: *Buffalo Law Review*. v. 27. Buffalo: University at Buffalo School of Law, 1977.

FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen M. The Forms of Justice. In: *Harvard Law Review*. n. 93. New Haven: Harvard University Press, 1979.

FISS, Owen M. *The Law as it could be*. New York: New York University Press, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do curso de direito da faculdade de humanidades e direito*. v. 7, n. 7, 2010,

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. Florianópolis: Boiteux, 2005.

KLARMAN, Michael J. *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*. New York: Oxford University Press, 2007.

MADUREIRA, Cláudio. ZANETI JR., Hermes. Processos Estruturais e Formalismo-Valorativo. In: SICA, Heitor. CABRAL, Antonio. SEDLACEK, Federico. ZANETI JR., Hermes (Org.). *Temas de Direito Processual Civil Contemporâneo*. Serra: Editora Milfontes, 2019. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2022. v. 1.

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

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. In: *Revista de Processo*. v. 248. São Paulo: Ed. RT, 2019.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v.1.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret. 2010.

OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “praticalismo” e os “processos estruturais”. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio/ago. 2020.

OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, Nem “Nada” – Decisões Estruturais e Efeitos Jurisdicionais Complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo. (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2022.

OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

PASQUINO, Pasquale. One and Three: Separation of Powers and the Independence of the Judiciary in the Italian Constitution. In: FEREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Coords.) *Constitutional Culture and Democratic Rule*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e Consequência: em busca de um discurso sobre o método. In: SALAMA, Bruno. *Estudos em Direito & Economia*. Curitiba: EVG, 2017.

SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde – saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TROCKER, Niccolo. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo. (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2022.

WEBER, Max. A política como vocação. In: GERTH, Hans H. MILLS, Charles Wright (Org.) *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

1 .Embora hoje, no Brasil, o termo “ativismo judicial” seja tradicionalmente empregado em tom de crítica, sua origem revela opinião positiva a respeito da atividade jurisdicional. Tem-se que a expressão foi primeiramente empregada em 1947, em artigo publicado na revista Fortune pelo jornalista Arthur Schlesinger. O jornalista referia-se à peculiar forma de atuação então verificada na Suprema Corte norte-americana, que compreendia que era seu papel dar aplicação à Constituição, quanto aos direitos sociais e econômicos nela previstos. Foi apenas ao longo do tempo que, no Brasil, essa expressão adquiriu seu sentido atual, como algo pernicioso que revelaria a intromissão indevida do Poder Judiciário na esfera política.

2 .Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III – a separação dos Poderes;

3 .Conforme Pasquino, “one of the central functions of the separation of the judiciary from the legislative and the executive powers has always been to limit or prevent the arbitrary exercise of judicial power by the monarch who has already endowed with the two other powers. The Old Regime practice of the lettres de cachet, by which the king arbitrarily imprisoned or deprived defenseless citizens of their rights, is well known [...] it was during the Enlightenment that the idea of the ‘rule of law’ established itself in the culture of European continent, prior to its introduction into positive law during the French Revolution. Rule of law means here, in Lockean language, government by public, stable, general, and abstract norms [...] a judiciary power, separated from the legislative, in an institutional system that distinguishes the organs exercising these two

functions as well as the functions themselves, is, in its autonomy, according to Montesquieu's literal phrasing, a null power. The judges act as nothing more than the 'bouche de la loi'". PASQUINO, Pasquale. One and Three: Separation of Powers and the Independence of the Judiciary in the Italian Constitution. In: FERREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Coords.) Constitutional Culture and Democratic Rule. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 210.

4 .Conforme descrito por Montesquieu, "quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade: porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor". MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Do Espírito das Leis. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret. 2010. p. 168-169.

5 .Conforme clássica lição de Max Weber, "no passado, as instituições mais variadas – a partir do clã – conheceram o uso da força física como perfeitamente normal. Hoje, porém, temos de dizer que o Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado territorial [...] especificamente, no momento presente, o direito de usar a força física é atribuído a outras instituições ou pessoas apenas na medida em que o Estado o permite. O Estado é considerado como a única fonte do 'direito' de usar a violência". No mesmo sentido, Bobbio (1909-2004) afirma que "a sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamados de processo de monopolização da produção jurídica pelo Estado". WEBER, Max. A política como vocação. In: GERTH, Hans H. MILLS, Charles Wright (Org.) Ensaio de Sociologia. Rio de Janeiro: LTC, 2002. p. 56. BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

6 .Observando esse recorte, afirma Hespanha que "passou a entender-se que aqueles atributos ou qualidades universais que se predicam dos indivíduos (ser pater familias, ser plebeu) e que descrevem as relações sociais em que estes estão integrados não são qualidades incorporadas na sua essência [...] sendo antes meros nomes, externos à essência, e que, portanto, podem ser deixados de lado na consideração desta essência. Se o fizermos, obteremos uma série de indivíduos 'nus', incharacterísticos, intermutáveis, abstratos, gerais, iguais. Verdadeiros átomos de uma sociedade [...] Esquecida a sociedade, isto é, o conjunto de vínculos interindividuais, o que ficava era o indivíduo, solto, isolado" HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Européia. Florianópolis: Boiteux, 2005. p. 117.

7. “A tematização da soberania e da lei passa através do filtro de uma nova antropologia filosófica: colhido nos seus traços essenciais e perenes, o indivíduo é arrancado da lógica dos pertencimentos da conexão com os corpos para ser representado como um sujeito unitário de necessidade e de direitos, definidos pelos parâmetros da liberdade e da igualdade. A liberdade do sujeito não é, porém, desregramento subtraído a qualquer vínculo: é, de um lado, espaço protegido pelas indébitas intromissões de outros [...]; de outro, é relação com a lei, possibilidade de ação e expansão pessoal que encontra na lei o fundamento, o limite, a garantia [...] o indivíduo é livre enquanto age nos trilhos da lei e esta, por sua vez, é o único instrumento capaz de protegê-lo do arbítrio. É exatamente do nexos entre liberdade e lei que nasce a possibilidade de conter o arbítrio do príncipe e de tutelar a segurança dos sujeitos”. COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (Orgs.). O Estado de Direito: história, teoria e crítica. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fones, 2006. p. 102.

8. “As transformações registradas não se confinam ao campo da política, não nascem e também não se esgotam todas nesse domínio. As revoluções liberais são ainda de cunho social, e, com os velhos governos, derrubam-se os velhos hábitos, atingem-se as classes, os estratos de classes e as respectivas zonas de influência ou de comunicação, há valores que se perdem e outros há que se adquirem. Uma organização do poder arrasta e é arrastada por uma nova organização da sociedade. Daí, o realce das liberdades jurídicas do indivíduo, como a liberdade contratual; a absolutização da propriedade privada a par das liberdades; a recusa, durante muito tempo, da liberdade de associação (por se entender, no plano dos princípios, que a associação reduz a liberdade e por se recuar, no plano prático, a força da associação dos mais fracos economicamente); e desvios aos princípios democráticos (apesar da sua proclamação formal), nomeadamente, através da restrição do direito de voto aos possuidores de certos bens ou rendimentos, únicos que, tendo responsabilidades sociais, deveriam ter responsabilidades políticas (sufrágio censitário)”. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 1. p. 88.

9. “Si es correcto que la jurisdicción, a finales del siglo XIX, se encontraba totalmente comprometida con los valores del Estado Liberal y del positivismo jurídico, pasa a importar ahora la relación de tales valores, junto con la concepción de jurisdicción, como función tendente a dar actuación a los derechos subjetivos privados violados. Los procesalistas que definieron esa Idea de jurisdicción estaban bajo la influencia ideológica del modelo del Estado Liberal de derecho, por lo tanto, sometidos a los valores de la igualdad formal, de la libertad individual, mediante la no interferencia de lo Estado en las relaciones privadas, y del principio de la separación de poderes como mecanismo de subordinación del ejecutivo como de la judicatura a la ley”. MARINONI, Luiz Guilherme. RAGONE, Álvaro Pérez. OJEDA, Raúl Núñez. Fundamentos del proceso civil – Hacia una teoría de la adjudicación. Santiago: Abeledo Perrot, 2010. p. 11.

10. Arremata ainda o autor estabelecendo que “o culto da lei pelo liberalismo produziu consequências. É que o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei enquanto forma. A identificação do direito com a lei acabou por dar lugar a toda uma concepção formalista da experiência jurídica”. CLÈVE, Clémerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (por uma dogmática constitucional emancipatória). In: LEMBO, Cláudio (Org.). Uma vida dedicada ao Direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 34-35.

11 .O problema é abordado em OSNA, Gustavo. Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual. São Paulo: Ed. RT, 2017. Ainda, esmiuçando a questão de maneira detida, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2022. v. 1.

12 .Idem. O pensamento de cada um dos autores é indicado nas obras em questão.

13 .“O direito processual civil, como manifestação da cultura, evidentemente não pode sobrar infenso à influência das características que a sociedade imprime ao Estado [...] O formalismo do processo tem de se adequar aos instrumentos pelos quais o Estado busca realizar os fins sociais, assegurando o império do direito”. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 55.

14 .A impossibilidade de se identificar sentido unívoco da lei e as consequências que daí decorrem foram enfrentadas em artigo que integra a atual série de ensaios – no qual se aferiu a relação entre “processos estruturais” e “segurança jurídica”.

15 .Esse enfoque é adotado em OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “practicalismo” e os “processos estruturais. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio/ago. 2020. Também assim, MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. In: Revista de Processo. v. 248. São Paulo: Ed. RT, 2019.

16 .Ver, assim, FISS, Owen M. The Forms of Justice. In: Harvard Law Review. n. 93. New Haven: Harvard University Press, 1979. Também, FISS, Owen M. The Law as it could be. New York: New York University Press, 2003. p. 48 e ss. Ainda, passim, FISS, Owen M. The Civil Rights Injunction. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

17 .“This model [...] is associated with a story of two people in the state of nature who each claim a single piece of property. They discuss the problem, reach an impasse, and then turn to a third party, the stranger, to resolve their dispute. Courts are viewed as the institutionalization of this stranger, and adjudication the process through which judicial power is exercised”. FISS, Owen. The Law as it could be, cit., p. 51.

18 .Adjudication is the process by which the values embodied in an authoritative legal text, such as the Constitution, are given concrete meaning and expression [...] but in the civil rights era a new form of

adjudication emerged. This new form of adjudication is largely defined by two characteristics. The first is the awareness that the basic threat to our constitutional values is posed not by individuals but by the operations of large-scale organizations [...] Second, this new model of litigation reflects the realization that, unless the organizations that threaten these values are restructured, these threats to constitutional values cannot and will not be eliminated.” Ibidem. p. 49.

19 .A respeito do tema, ver OSNA, Gustavo. *Acertando problemas complexos: o “praticalismo” e os “processos estruturais*, cit. Também, KLARMAN, Michael J. *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*. New York: Oxford University Press, 2007.

20 .Ver, sobre o tema, VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo. (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2022. Também, DICK, Rebecca P. *Prison Reform in the Federal Courts*. In: *Buffalo Law Review*. v.27. Buffalo: University at Buffalo School of Law, 1977.

21 .Ver, [\[www.mpsp.mp.br/w/mpsp-firma-acordo-para-sanar-d%C3%A9ficit-de-vagas-em-creches-de-mogi-das-cruzes\]](http://www.mpsp.mp.br/w/mpsp-firma-acordo-para-sanar-d%C3%A9ficit-de-vagas-em-creches-de-mogi-das-cruzes)

22 .Assim, OSNA, Gustavo. *Nem “Tudo”, Nem “Nada” – Decisões Estruturais e Efeitos Jurisdicionais Complexos*. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo. (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 493 e ss.

23 .Idem. Ainda, veja-se, sobre o tema, SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde – saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 79 e ss.

24 .O tema foi objeto de palestra específica, proferida pelo ora autor Sérgio Cruz Arenhart, junto ao III Congresso Internacional de Coletivização e Unidade do Direito, realizado em abril de 2022 no município de Porto Alegre/RS. Ainda, integrará capítulo próprio em ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Félix. *Curso de Processo Estrutural*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT. (no prelo).

25 .Vide nota 24. Os casos foram referenciados na aludida palestra, integrando ainda a obra ali mencionada.

26 .Vide nota 24. Em ambas as ocasiões os problemas são objeto de enfrentamento.

27 .Conforme constatado por Ackerman, “Montesquieu did not have the slightest inkling of political parties, democratic politics, modern constitutional designs, contemporary bureaucratic techniques, and the distinctive ambitions of the modern regulatory state. And yet we mindlessly follow him in supposing that all this complexity is best captured by a Trinitarian separation of power into the legislative, judicial and executive (...) almost three centuries later, it is past time to rethink Montesquieu’s holy trinity. Despite its canonical status, it is blinding us to the world-wise rise of new institutional form that cannot be neatly categorized as legislative, judicial, or executive (...) a ‘new separation of powers’ is emerging in the twenty-first century (...) and so we must say a fond farewell to Montesquieu, and create a new foundation for comparative administrative law that is equal to the challenges of modern government”. ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. In: ROSE-ACKERMAN, Susan. LINDSETH, Peter L. (Coords.). Comparative Administrative Law. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010. p. 128-129.

28 .Ressalta-se que essa leitura ortodoxa e tradicional é amplamente criticada pelos presentes autores, propondo-se um realinhamento amplo da compreensão do processo coletivo. Ver, assim, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Curso de Processo Civil Coletivo. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2022.

29 .Embora evidente essa inadequação, é fácil perceber que muitas ações individuais lidam cotidianamente com políticas públicas, como denuncia Ada Pellegrini Grinover (O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista do curso de direito da faculdade de humanidades e direito. v. 7, n. 7, p. 29-35, 2010).

30 .Como percebe Luís Roberto Barroso, “aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Revista Interesse Público. n. 46. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 34.

31 .Vide nota 28.

32 .Criticando essa limitação, e defendendo alternativas para o seu aprimoramento, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Curso de Processo Civil Coletivo, cit.

33 .O termo bipolar designa processos que se desenvolvem sob a base de duas teses contrapostas (do autor e do réu), de modo que a solução deva pender necessariamente para uma ou outra (v., CHAYES, Abram. “The

role of the judge in public law litigation". Harvard law review. v. 89, n. 7, mai-1976. p. 1.281-1.282).

34 .A aplicação irrestrita desse postulado ao processo coletivo é objeto de críticas em ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Curso de Processo Civil Coletivo, cit.

35 .Ver, notadamente, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Ed. RT, 2021.

36 .“A integração de métodos científicos à teoria jurídica, por incipiente que seja, também pode ser atribuída à mudança organizacional do modelo estatal. Em muitos países democráticos do Ocidente (e talvez na maioria deles), o Estado regulatório acabou por alçar (às vezes aberta e às vezes veladamente) o Poder Judiciário à condição de ente ativo na formulação da política pública. Isto quer dizer que o government by policy a que aludimos acima passou a ter, no Poder Judiciário, um ator protagonista, e não apenas coadjuvante [...] quando o papel do Judiciário no grande balé institucional da formulação política é acanhado, toda a teorização jurídica apta a influenciar a decisão do juiz tende a ser formalista ou pautada pelas exigências de justiça apenas no caso concreto. Ocorre que este Poder Judiciário, exclusivamente reativo, passivo e despreocupado com as repercussões amplas de suas interpretações, é cada vez menos observável nos estados de boa parte do Ocidente”. SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e Consequência: em busca de um discurso sobre o método. In: SALAMA, Bruno. Estudos em Direito & Economia. Curitiba: EVG, 2017. p. 222-223.

37 .COMPARATO, Fábio Konder. Para viver a Democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 102.

38 .A questão é amplamente explorada em ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Ed. RT, 2021.

39 .MADUREIRA, Cláudio. ZANETI JR., Hermes. Processos Estruturais e Formalismo-Valorativo. In: SICA, Heitor. CABRAL, Antonio. SEDLACEK, Federico. ZANETI JR., Hermes (Org.). Temas de Direito Processual Civil Contemporâneo. v.1. Serra: Editora Milfontes, 2019.

40 .Sobre essa noção de contraditório, como direito de influência, v. entre tantos outros, TROCKER, Niccolo. Processo civile e costituzione. Milano: Giuffrè, 1974. p. 367 e ss.; CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). Dicionário de princípios jurídicos. São Paulo: Elsevier, 2011. p. 193 e ss.; ZANETI JR., Hermes. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 190 e ss.