

# PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL COMO MÉTODO ADEQUADO DE INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

## *STRUCTURAL INJUNCTIONS AS AN ADEQUATE METHOD FOR PUBLIC POLICY INTERVENTION*

Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini<sup>I</sup>

Rafael Moreno Rodrigues Silva Machado<sup>II</sup>

<sup>I</sup> Universidade de Ribeirão Preto,  
Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil.  
Doutora em Direito. E-mail:  
fzanferdini@hotmail.com

<sup>II</sup> Universidade de Ribeirão Preto,  
Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil.  
Mestrando em Direitos Coletivos.  
E-mail: rafaelmoreno19@gmail.com

**Resumo:** A intervenção judicial em políticas públicas, malgrado a existência de críticas, é realidade consolidada no contexto pós-Constituição Brasileira de 1988, diante do déficit de aplicabilidade dos direitos constitucionais de natureza social. Neste contexto, examina-se o conceito jurídico de políticas públicas e sua correlação com os direitos sociais. Indaga-se se existe um liame entre as características das políticas públicas e os problemas estruturais. Estuda-se, outrossim, a possibilidade de o processo coletivo estrutural ser um método adequado de intervenção judicial em políticas públicas, em contraposição às críticas referentes ao déficit de legitimidade. Por fim, analisa-se o papel do Ministério Público no controle extrajudicial de políticas públicas.

**Palavras-chave:** políticas públicas, processo estrutural, direitos sociais.

**Abstract:** Despite the criticism, judicial intervention in policies is a consolidated reality, especially after the Brazilian Constitution of 1988, given the applicability deficit of constitutional civil rights. In this context, the legal concept of public policies and its correlation with social rights are examined. Furthermore, it is questioned whether there is a link between public policies characteristics and structural problems. It is also examined if structural injunctions are an adequate method of judicial intervention in public policies, in contrast to the criticisms related to its legitimacy deficit. In the end, it is also mentioned the role of the Brazilian Prosecution Service in the extrajudicial control of policies.

**Keywords:** policies, structural injunctions, civil rights.

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v17i43.1010>

Recebido em: 21.09.2022

Aceito em: 29.10.2022



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons  
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

## 1 Introdução

A intervenção judicial nas políticas públicas, a despeito da existência de críticas que a colocam como indevido ativismo judicial (VELLOSO, 2013), é realidade consolidada na jurisprudência brasileira no contexto pós-Constituição de 1988 (HESS, 2011). O reconhecimento da viabilidade do controle judicial de políticas públicas, no entanto, não autoriza o intérprete a ignorar as críticas realizadas, sobretudo no tocante à forma e aos limites dessa intervenção, bem como sobre a legitimidade inferior do Poder Judiciário para intervenção em esfera normalmente atribuída ao Poder Executivo.

Neste contexto, importante averiguar se existem soluções jurídicas para os pontos fracos da intervenção judicial nas políticas públicas, em especial medidas que ampliem a legitimidade da atuação dos poderes responsáveis pela intervenção. A complexidade das políticas públicas demanda um maior aprofundamento dos institutos jurídicos utilizados para a implementação do programa deficitário e, para tanto, o processo de tomada de decisão judicial deixa de emanar unicamente do magistrado, passando a existir uma construção multipolar de decisões (SILVA, 2016).

É imprescindível, portanto, a definição do conceito jurídico de políticas públicas (BUCCI, 2006) e sua correlação com o tema do processo coletivo estrutural (VITORELLI, 2021). Não menos importante é o reconhecimento da natureza multidisciplinar dos direitos sociais que, não raro, demandam a implementação de programas complexos e com diversas etapas.

Na estruturação judicial de políticas públicas que, em regra, deveriam ser implementadas pelo Poder Executivo, serão examinados outros eventos processuais que facilitem aos atores envolvidos atingir uma decisão consensual ou, em última análise, podem fornecer subsídios ao magistrado para a elaboração de uma decisão que reflita as necessidades do grupo social atingido.

Ainda será analisado o comportamento do Ministério Público na seara estrutural, perquirindo se existem institutos na atuação extrajudicial do *parquet* que podem ampliar a participação coletiva. Além disto, será examinada a atuação ministerial na seara extrajudicial, seja como forma resolutiva (indução de políticas públicas), seja como preparação para a ação civil pública estrutural vindoura.

## 2 Conceito de Políticas Públicas

Políticas públicas não são propriamente um conceito jurídico. Sua definição está ligada principalmente às ciências política e da administração pública. No âmbito jurídico, examinam-se as políticas públicas nas subdivisões da teoria do estado, direito constitucional, administrativo e financeiro. Cuida-se, em verdade, de abertura do direito para a interdisciplinaridade, em sentido contrário à caminhada positivista do século XIX (BUCCI, 2006).

Para Maria Paula Dallari Bucci (2006), conquanto exista uma dificuldade de criação de um conceito jurídico de políticas públicas, estas são passíveis de definição:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo,

processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006).

A dificuldade conceitual também decorre da tradução imprecisa dos termos *polity*, *politics* e *policy*, amplamente utilizados na ciência política e que, na língua portuguesa, são traduzidos indistintamente como “política”. A *polity* seria o conjunto de regras de funcionamento do Estado, também denominadas de “estrutura”. Por sua vez, a *politics* seria o “jogo político”, isto é, dentro da moldura criada na *polity*, os atores envolvidos competem politicamente para a implementação de suas agendas. Por fim, a *policy* seriam as políticas públicas propriamente ditas, isto é, o resultado do embate feito na seara da *politics*, sob as regras previamente estabelecidas na *polity* (COUTO e ARANTES, 2006). Portanto, trata-se de um resultado do processo político (SCHMIDT, 2018).

Percebe-se, por conseguinte, que as políticas públicas são primariamente uma decorrência do processo político de implementação dos direitos reconhecidos por um determinado ordenamento e, nos dizeres de João Pedro Schmidt (2018), “[...] as políticas designam iniciativas do Estado (governos e poderes públicos) para atender demandas sociais referentes a problemas políticos de ordem pública ou coletiva.”

Em um cenário ideal, no qual os detentores do poder político promovessem a implementação dos direitos reconhecidos por um determinado ordenamento (e, no caso brasileiro, sobretudo dos direitos sociais previstos na Constituição de 1988), não haveria maiores dificuldades para o estudo das políticas públicas, na medida em que estas seriam atendidas em seu espaço original. Sucede que as demandas sociais superam a capacidade de atendimento do estado e esta escassez de recursos leva o governo a priorizar alguns direitos em detrimento de outros (SCHMIDT, 2018). Além disto, há a questão da agenda política do governante eleito, que pode fazer escolhas que não contemplem a implementação de direitos sociais como prioridade de governo.

No contexto brasileiro, entretanto, a implementação do Estado Social não pode ser considerada uma mera escolha política do governante detentor do poder estatal em um determinado momento, mas obrigação imposta pelo texto constitucional. A superação da desigualdade foi erigida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil no inciso III do artigo 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). E, para efetivar esta redução, a implementação de diversos direitos sociais exigem uma ação governamental que independe da escolha do mandatário (BUCCI, 2006).

Nogueira e Guedes (2019), contudo, demonstram que, a despeito da necessidade de implementação dos direitos sociais, existem duas espécies de violação que acabam por demandar atuação jurisdicional:

Todavia, no Estado brasileiro, vem se verificando uma inércia na atuação estatal que ocorre não apenas na ausência de regulamentação dos direitos fundamentais, especificamente os sociais, previstos seja no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional, mas na inefetividade das políticas públicas atualmente vigentes que vem se apresentando insuficiente para a modificação do cenário vigente. (NOGUEIRA E GUEDES, 2019)

A natureza cogente das normas que estatuem direitos fundamentais decorre de três axiomas amplamente reconhecidos na doutrina constitucionalista, segundo Ana Paula de Barcellos (2008):

- a) As disposições constitucionais, tenham elas a natureza de regra ou de princípio, são dotadas de normatividade, isto é: são normas jurídicas.
- b) ) Os direitos fundamentais têm um status diferenciado no âmbito do sistema constitucional e [...] isso significa, de forma simples, que, em última análise, tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas tendo em conta essa diretriz;
- c) Os poderes públicos estão submetidos à Constituição, como uma decorrência direta da noção de Estado de Direito, por força da qual o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas. (BARCELLOS, 2008).

O reconhecimento de duas facetas distintas das políticas públicas (ciência política e direito) cria um aparente paradoxo, que decorre da existência das seguintes premissas: a) para a ciência política, as políticas públicas são resultado do processo político de discussão sobre os critérios de sua implementação; b) para o direito constitucional, algumas destas políticas públicas são de implementação obrigatória por força constitucional; c) existe a possibilidade de, mesmo havendo obrigação constitucional de implementação, que o Poder executivo frustrar a implementação de um determinado direito; d) diante da omissão estatal, o Poder Judiciário é provocado a atuar em área pela qual, primariamente, não é responsável.

Neste contexto, surge o maior campo de críticas sobre as políticas públicas: a intervenção judicial para sua aplicação. Há um nítido descompasso entre a complexidade das políticas públicas e a natureza clássica da decisão judicial que, em regra, limita-se a reconhecer ou negar um direito, ordenando sua implementação através de métodos cogentes previstos na legislação processual. No âmbito das políticas públicas, a simples procedência de uma demanda que vise sua implementação pode ser ineficaz para a alteração do quadro de violação sistêmico ao direito social que foi veiculado na demanda.

A dificuldade reside, retomando o conceito jurídico de política pública trazido por Bucci (2006), na implementação judicial do programa de ações necessário para a implementação da política pública. É necessário saber quais seriam os objetos de passíveis de controle judicial e a forma de sua exigibilidade.

### **3 Alguns limites do Controle Judicial de Políticas Públicas**

Por se tratar de um problema que originalmente seria de competência de outra esfera de poder estatal e demanda um conjunto de ações que, em regra, não são de conhecimento do poder Judiciário ou do autor da demanda que exige a aplicação da política pública (e.g., Ministério Público), necessário fixar alguns limites para o controle judicial das políticas públicas, sobretudo em relação ao objeto e modalidade de controle.

Para Ana Paula de Barcellos (2008), as balizas podem se subdividir em limites quanto ao objeto e à modalidade de controle judicial. O primeiro seria qual o provimento (e, na seara de políticas públicas, o conjunto de provimentos), enquanto que o segundo *“envolve o*

*ambiente processual no qual a discussão será posta e, conseqüentemente, os efeitos objetivos e subjetivos de eventuais decisões proferidas, o que se pode denominar aqui, por convenção, de modalidade de controle.*” (BARCELLOS, 2008). Barcellos ainda defende que o objeto é passível de controle em cinco situações, subdivididos em dois grupos: metas e recursos. Segundo a autora:

[...] será possível controlar, em abstrato, (i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; em concreto, será possível cogitar do controle (ii) do resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor. No segundo grupo, é possível controlar ainda três outros objetos: (iii) a quantidade de recursos a ser investida, em termos absolutos ou relativos, em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; (iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e (v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade. (BARCELLOS, 2008).

No tocante às modalidades de controle, Ana Paula de Barcellos (2008) defende serem possíveis as formas individual, coletiva e abstrata. A primeira dá-se nas demandas individuais como, por exemplo, em ação ordinária ajuizada pelo particular para obtenção de um medicamento negado pelo poder público. A forma coletiva, por sua vez, dá-se, sobretudo, nas ações civis públicas (e demais demandas coletivas) para implementação de determinada política pública. Por fim, como modalidade de controle abstrato pode-se citar a discussão sobre a ineficácia no sentido macro de toda uma política pública deficitária como, por exemplo, a questão prisional objeto de discussão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que trata do sistema prisional e o estado de coisas inconstitucional (BRASIL, 2015).

Para o objeto deste artigo, entretanto, o foco de análise é sobretudo a modalidade coletiva de controle, uma vez que, como será visto nos tópicos que se seguem, existe uma correspondência entre a modalidade coletiva de controle e as demandas estruturais, as quais são, primordialmente, uma espécie de processo coletivo (VITORELLI, 2021).

Por se tratarem de questões complexas inerentes a outras esferas de poder, é natural que exista um déficit de legitimidade na atuação judicial para implementação de políticas públicas, tema este que será examinado a seguir.

#### **4 Déficit de legitimidade de outras esferas de poder para o controle de Políticas Públicas**

A primeira crítica sobre a ausência de legitimidade do Poder Judiciário para intervenção em políticas públicas já foi abordada, isto é, as políticas públicas são um *“conjunto de decisões e ações adotadas por órgãos públicos e organizações da sociedade, intencionalmente coerentes entre si, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político”* (SCHMIDT, 2018) e, por conseguinte, cuida-se de atuação estranha ao Poder Judiciário, cujo desenho institucional original não pressupunha a implementação de políticas públicas.

Mas não é só. Ainda que se considere como possível a intervenção judicial em políticas públicas e seja superado o primeiro óbice, ainda assim existem críticas à ausência de legitimidade. Isto porque, em regra, a veiculação de demandas acerca das políticas públicas se dá por meio de uma ação coletiva, manejada por um legitimado extraordinário por força de lei (e.g., o Ministério Público), sem qualquer discussão prévia com os sujeitos-alvo das políticas públicas.

Arenhart (2015) critica a atuação destes legitimados uma vez que, em demandas coletivas para implementação de um determinado direito social, o autor coletivo sequer inclui a população atingida para a discussão, passando a agir como um “porta-voz” detentor de todo o conhecimento fático-jurídico para a demanda. Segundo Sérgio Cruz Arenhart:

As ações coletivas, por outro lado, também não representam resposta muito melhor. Isso porque, substancialmente, a tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite 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 interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. (ARENHART, 2015).

Neste contexto, portanto, a legitimação para a intervenção nas políticas públicas não se dá *a priori*, como para os detentores de mandato eleitoral. Estes foram autorizados pelo voto a implementar as políticas públicas previstas na Constituição e, obviamente, em seu plano de governo.

A legitimidade para que outros órgãos – sobretudo o Poder Judiciário - possam, de forma complementar e subsidiária, intervir em políticas públicas, perpassa a superação das críticas acima trazidas. A atuação deve ser feita, nos dizeres de Nogueira e Guedes (2019):

Diante desse cenário, é possível afirmar, que a intervenção do Poder Judiciário, nesse campo de políticas públicas, deve ocorrer de forma excepcional, com o fito de neutralizar os efeitos lesivos da omissão estatal e assim buscar a implementação dos direitos assegurados na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. (NOGUEIRA e GUEDES, 2019).

Além da excepcionalidade da intervenção – que deve atender aos limites mencionados no tópico 3 deste artigo, há necessidade de que os instrumentos de intervenção superem as críticas referentes à participação dos destinatários das políticas públicas, além de fornecer subsídios aos atores procedimentais (não só no processo coletivo, mas na atuação extrajudicial coletiva) para uma tomada de decisão com grau máximo de eficácia social.

## 5 A implementação de Políticas Públicas como problema estrutural

A política pública, como já referido, pressupõe um conjunto de ações coordenadas para solução de um problema político-jurídico, com vistas à implementação de direitos sociais reconhecidos pelo ordenamento jurídico, sobretudo pelo texto constitucional. Nesta senda, não se trata de provimento único que, por si só, sanará o déficit de aplicação de um determinado direito social, mas requer a tomada de várias decisões, por etapas, para sua implementação.

Para Bucci (2006), a política pública se subdivide em programa, ação-coordenação e processo. O programa diz respeito ao conteúdo propriamente dito de uma política pública, tanto pelo delineamento das alternativas iniciais quanto da decisão que é tomada com base em tais alternativas. A dimensão material da política pública está contida no programa e é neste que se especificam os a) objetivos a atingir; b) meios correspondentes e; c) resultados esperados. Estão

contidos no conceito de programa dados extrajurídicos da política pública. O conceito de ação-coordenação consiste na coordenação de esforços entre estado e demais atores envolvidos para a consecução dos objetivos estabelecidos no programa. Processo, por sua vez, trata-se de uma sequência de atos tendentes a um fim (procedimento), com a agregação do elemento participativo do contraditório.

Há quem defenda que o conceito de políticas públicas se subdivide em: a) política (princípios, objetivos e diretrizes) e seus meios e recursos; b) plano: detalhamento das diretrizes da política; c) programa: derivado ou associado a um plano, contém suas diretrizes e estratégias para as ações em um determinado setor; d) projeto: menor unidade do processo de planejamento, especificando estratégias e ações para operacionalização de uma unidade de ação e; e) ação: nível mais concreto do planejamento governamental; trata-se de uma iniciativa expressa prevista no plano, programa ou projeto. (SCHMIDT, 2018)

Observada a complexidade da implementação das políticas públicas e suas necessárias etapas, passa-se à análise dos problemas estruturais, conceito essencial para a compreensão do processo coletivo estrutural. Segundo Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira:

O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação). (DIDIER JR., ZANETI JR. e OLIVEIRA, 2020).

A solução de um problema estrutural, na esteira do que defendem Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira (2020), não se dá, em regra, com a realização de apenas um ato. Com efeito, a desconformidade estruturada pressupõe uma intervenção realizada de forma gradual e contínua:

O importante é notar que, existindo esse estado de desconformidade, a solução do problema não pode dar-se com apenas um único ato, como uma decisão que certifique um direito e imponha uma obrigação. Há necessidade de intervenção para promover uma reorganização ou uma reestruturação da situação, como nos casos em que há necessidade de mudança na estrutura de ente público, de organização burocrática etc. Essa intervenção normalmente é duradoura e exige um acompanhamento contínuo. (DIDIER JR., ZANETI JR. e OLIVEIRA, 2020).

A correlação entre a natureza complexa das políticas públicas (conceito político-jurídico) e os problemas estruturais (conceito jurídico) é nítida. Com efeito, inexistindo a efetivação de um determinado direito social cuja realização depende da implementação de uma política pública governamental, a implementação desta política pública é necessariamente um problema de natureza estrutural. A reorganização ou reestruturação demandadas requerem o enfrentamento de um problema evidentemente complexo.

## **6 Processo coletivo estrutural como método adequado de intervenção em políticas públicas**

Estabelecida a correlação entre a intervenção judicial em políticas públicas e sua natureza de problema estrutural, necessário examinar se existe resposta jurídica para o enfrentamento legítimo dos problemas estruturais na seara processual.

Para melhor compreensão da conexão entre problemas e processos estruturais, importante o exame da gênese dos conceitos.

A origem do processo coletivo estrutural remonta à apreciação pela Suprema Corte estadunidense sobre o caso *Brown v. Board of Education*, em que se discutia a inconstitucionalidade da segregação do sistema escolar dos Estados Unidos, permeado pela doutrina do *separate but equal* (separados, mas iguais). Neste caso, após o reconhecimento da inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas e da existência de escolas distintas para cada etnia, a Suprema Corte determinou não só a matrícula de crianças negras em qualquer escola, mas uma reestruturação completa do sistema educacional.

A decisão, contudo, não se limitou à segregação escolar, passando a ter objeto muito mais amplo. Segundo Owen Fiss:

Surgiu nos anos 60 e refletiu os imperativos especiais do fim da segregação escolar. Seu objeto (as reformas estruturais) foi expandido no final dos anos 60 e início dos anos 70 foram alargadas para incluir a polícia, prisões, manicômios, instituições para pessoas com deficiência mental, agências de persecução penal, de auxílio à moradia e agências de bem-estar social. (FISS, 1985)<sup>1</sup>

A origem do processo coletivo estrutural demonstra sua nítida correlação com a implementação de direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas. Trata-se de demanda levada ao poder Judiciário, como já demonstrado, com o fito de corrigir uma desconformidade sistêmica. Edilson Vitorelli, conceitua processo estrutural como:

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural.“ (VITORELLI, 2021).

A finalidade do processo estrutural é, necessariamente, o reconhecimento por parte do Poder Judiciário de uma situação de desconformidade estruturada e ou duradoura e a criação de decisões em etapas, com regime de transição da situação de violação sistêmica a direitos para uma situação em que não haja mais o referido vilipêndio (DIDIER JR., ZANETI JR. e OLIVEIRA, 2020). Neste sentido, ocorrem o que Arenhart denomina de “decisões em cascata”:

Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principiológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida. (ARENHART, 2013).

A implementação das decisões judiciais estruturais, que é um dos objetivos do processo estrutural, não se trata de processo predeterminado na legislação, mas de construção gradual de soluções para problemas complexos. Ensina Arenhart que:

---

1 No original: “It emerged in the 1960s and reflected the special imperatives of school desegregation. Its scope was broadened in the late 1960s and early 1970s to include challenges to unconstitutional practices of the police, prisons, mental hospitals, institutions for the mentally retarded, prosecutorial agencies, public housing, and public employment.”

[...] essa gradual implementação da decisão judicial é própria dos litígios estruturais. Somente à medida que a decisão judicial vai sendo implementada é que se terá a exata noção de eventuais problemas surgidos e, assim, de outras imposições que o caso requer. Aliás, a complexidade da causa implicará, comumente, a necessidade de se tentar várias soluções para o problema. Essa técnica de tentativa-erro-acerto é que permitirá a seleção da melhor técnica e do resultado ótimo para o caso. (ARENHART, 2013).

Não se deve olvidar das características essenciais do processo estrutural, quais sejam: a) flexibilidade; b) consensualidade; c) multipolaridade; d) coletividade e; e) complexidade (VITORELLI, 2021). Por flexibilidade entende-se a maleabilidade ritualística, isto é, na flexibilização de regras procedimentais, tal como a regra da congruência e as modalidades de intervenções de terceiro. A consensualidade pode ser vista no alto grau de negociação e consenso dos interesses postos em juízo, bem como na realização de negócios processuais. A multipolaridade, por sua vez, refere-se à existência de não apenas duas posições (autor e réu), mas na existência de múltiplos polos de interesse.

A coletividade se relaciona com a estrutura do processo, que é via de regra um processo coletivo. Por fim, a complexidade se refere à inexistência de uma única solução jurídica para o problema estrutural, mas na possibilidade de se implementar o direito ou sanar a desconformidade sistêmica de diversas maneiras.

Neste contexto, e sem o objetivo de esgotar a temática, é possível reconhecer o processo coletivo estrutural como instrumento adequado para o reconhecimento da existência de uma desconformidade sistêmica e sua possível solução, através da construção de soluções jurídicas – consensuais ou não – a serem implementadas por etapas.

E, por tratar de desconformidades sistêmicas, o processo coletivo estrutural é instrumento adequado para o controle jurisdicional de políticas públicas. Sua estruturação em (a) reconhecimento do problema estrutural; (b) determinação de regime de transição; (c) decisões em cascata, é o que mais se assemelha da implementação de uma determinada política pública em sua sede original, qual seja, o Poder Executivo, conforme delimitado anteriormente.

Não obstante a existência de algum grau de semelhança entre o formato do processo coletivo estrutural e a formatação de programas de políticas, é preciso observar se existem medidas que efetivamente incrementem a legitimidade da intervenção. Não se trata, portanto, de questão meramente procedimental, mas da existência de instrumentos que legitimem os órgãos não-eleitos para a efetivação das políticas públicas por meio de processos estruturais.

## 7 Medidas de incremento da legitimidade

A estrutura flexível do processo estrutural permite a adoção de um procedimento de tutela coletiva que não siga apenas as regras do microsistema de processo coletivo e do processo civil, mas que igualmente atenda às necessidades do problema estrutural levado a Juízo. Para tanto, pode-se citar como exemplo a possibilidade de realização de audiências públicas e intervenção de *amicus curiae* (ARENHART, 2015), este último com previsão normativa no artigo 138 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

A noção de contraditório ampliado também é essencial para o incremento da legitimidade da intervenção judicial. Com efeito, o contraditório não é apenas a possibilidade de

conhecimento integral da demanda e possibilidade de respondê-la, mas participação efetiva na construção multipolar das soluções jurídicas. Segundo Arenhart (2015):

É nesse sentido que se exige uma outra dimensão e um novo conteúdo para o contraditório. O direito de influir, aqui, deve poder ser exercido pelos vários núcleos de interesses que podem incidir sobre o objeto da controvérsia, seja diretamente pelos interessados (quando possível), seja por meio de “representantes adequados” de tais interesses, seja ainda pelos especialistas que possam contribuir com o aporte de uma visão mais adequada e correta do problema e de eventuais soluções possíveis. (ARENHART, 2015).

Arenhart (2015), citando o caso da “ação civil pública do carvão” em Santa Catarina, traz um exemplo concreto de processo estrutural. Sem adentrar nas minúcias do caso, dentro das inúmeras medidas aplicadas é possível extrair que as decisões judiciais se deram por etapas: a) reconhecimento da existência do dano ambiental; b) oferecimento, em seis meses, de projeto de recuperação da região, com cronograma mensal de etapas; c) execução do projeto no prazo de três anos; d) segunda fase da execução, com a avaliação do projeto de recuperação pela área técnica do Ministério Público Federal; e) terceira fase, consistente na reapresentação do projeto pelos poluidores com as adaptações exigidas pelo Ministério Público Federal; f) criação de um grupo de assessoramento técnico do Juízo (GTA); g) proposta de indicadores ambientais e plano de monitoramento para as áreas degradadas pela mineração de carvão no Estado de Santa Catarina; h) quarta fase de cumprimento de sentença, com a criação de soluções consensuais entre os degradadores do meio ambiente, Ministério Público Federal, órgãos ambientais que compunham o GTA e das populações atingidas.

E, tomando por base o caso concreto acima citado, conclui Arenhart (2015) que:

Para tanto, o direito processual atual oferece ferramentas bastante úteis. Assim, a expansão do emprego de técnicas como a mediação e a conciliação, tal como preconizado pelo novo código de processo civil, é fundamental.<sup>15</sup> Pensar o processo que lida com políticas públicas sem a pressão do tempo e da rigidez da sequência de atos processuais pode contribuir para oferecer a maturação suficiente para encontrar soluções mais adequadas ao caso concreto. Ademais, o diálogo franco entre as partes – eventualmente sem a participação do juiz, cuja intervenção pode, em alguns casos, inibir certas colocações ou dificultar a exposição de algumas informações – pode colaborar para que cada parte tenha a exata dimensão dos problemas enfrentados pela outra e, assim, para que se possa ter contornos mais precisos do conflito a ser resolvido. (ARENHART, 2015).

A utilização de medidas que permitam o consenso entre os envolvidos, sobretudo mediação e conciliação, são essenciais para que se eleve o grau de legitimidade das decisões em políticas públicas. Vitorelli (2021), defende que o magistrado deve se valer de audiências mistas de autocomposição, instrução e decisão. A concentração das modalidades de audiência em um único contexto permite uma maior tendência à busca do consenso:

A melhor alternativa, nessa situação, é a condução de audiências pelo juiz, nas quais se mescle o caráter de busca pelo consenso, ao mesmo tempo em que se produzem provas e, eventualmente, tomam-se decisões. Não há condições de promover uma cisão entre essas fases, sem que ambas militem em desfavor da efetividade uma da outra. De um lado, as partes darão pouco valor à tentativa de acordo, porque ele acabou de ser tentado durante o inquérito civil. De outro, tudo o que for apresentado e debatido nessa audiência não poderá ser aproveitado na instrução (princípio da confidencialidade da mediação, art. 2º, VII, da Lei 13.140/15), o que prejudica e retarda a elaboração do plano de transformação estrutural e da eventual futura decisão. (VITORELLI, 2021, p. 351).

Há também a possibilidade de adoção do modelo de *town meeting*, na qual, segundo Vitorelli:

O juiz, nesse modelo, toma a frente da direção do processo, delimitando as questões relevantes e conduzindo a produção de provas para fomentar ocasiões de diálogo ampliado com a sociedade impactada, nos moldes da atuação de órgãos administrativos ou legislativos. Realizam-se audiências e eventos públicos para permitir a participação direta e informal de uma ampla gama de interessados. (VITORELLI, 2021, p. 418).

As medidas de construção de consenso são essenciais não apenas na definição das soluções jurídicas para os problemas estruturais de implementação de políticas públicas. Em verdade, a flexibilização procedimental permite uma verdadeira execução negociada, ou cumprimento de sentença negociado. Em regra, há falhas de todos os atores processuais envolvidos: a) o executado, por frustrar a implementação do direito em questão; b) o exequente, por exigir a correção de uma desconformidade estruturada por implementação de política pública em tempo e modo incompatíveis com a complexidade do problema e; c) o magistrado, por não compreender a necessidade de se flexibilizar a forma de fiscalização do cumprimento dos provimentos judiciais (DAHER, 2019).

Nesta toada, define Lenna Luciana Nunes Daher (2019):

A participação dos responsáveis e dos afetados pela mudança estrutural firma o comprometimento de todos para o alcance de um objetivo comum: a implementação do remédio, transformando-se em realidade o comando constante da sentença estrutural. O diálogo entre os atores da demanda permite a definição de um verdadeiro plano estratégico, cujo objetivo primordial é o alcance da concretização do valor constitucional, sendo necessário, para tanto, a definição das atividades, em etapas e cronograma factível, definindo-se, principalmente quem serão os responsáveis por cada ação. Dificilmente uma execução baseada em um único comando abstrato e com prazos estanques seria capaz de, por si só, ensejar a movimentação da complexa máquina administrativa em direção à implementação de política pública. (DAHER, 2019, p. 77).

Não se pretende esgotar neste tópico toda a miríade de possibilidades que a flexibilização do processo coletivo estrutural permite aos atores na implementação da política pública exigida em Juízo.

Contudo, é evidente que os exemplos acima citados demonstram que a utilização destes institutos jurídicos, ao incrementar a participação, o consenso e o grau técnico das decisões estruturais, mitigam as críticas à intervenção judicial de políticas públicas. O déficit de legitimidade apriorístico de outras esferas de poder, sobretudo o poder judiciário, diminui com a implementação de uma modalidade de processo que inclua as etapas acima citadas, sem prejuízo da adoção de novas medidas aqui não citadas.

## **8 Ministério Público e a atuação estrutural extrajudicial**

O Ministério Público é, por imposição constitucional (artigo 129, III, da Constituição Federal), um dos principais atores na promoção de direitos difusos e coletivos, entre eles os direitos sociais. Portanto, a análise do processo coletivo estrutural e sua correlação com o controle de políticas públicas não pode se eximir de averiguar o papel do órgão ministerial.

O instrumento do inquérito civil pressupõe, em sua acepção clássica, a existência de uma lógica binária de lícito/ilícito (VITORELLI, 2021) e tem, por escopo, a apuração de um

fato determinado, conforme disposto pelo artigo 1º da Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2007). No entanto, a tipologia de litígios coletivos estruturais e a desconformidade sistêmica dos problemas estruturais exigiu uma releitura do papel do procedimento inquisitorial civil.

Nesta senda, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 174/2017, regulamentando o procedimento administrativo. Segundo o artigo 8º, II, desta normativa, *“Art. 8º O procedimento administrativo é o instrumento próprio da atividade-fim destinado a: [...] II – acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições;”* (BRASIL, 2017).

Estes procedimentos administrativos podem ter natureza estrutural e, mesmo sem intervenção judicial, podem induzir a implementação ou correção de determinadas políticas públicas. Segundo Vitorelli:

Desse modo, o PA estrutural se desenvolve, predominantemente, por intermédio de reuniões, envolvendo os gestores da instituição, os representantes da sociedade impactada e, se for o caso, pessoas especializadas no assunto técnico objeto da controvérsia. Esses eventos permitem perceber em que medida a atuação do Ministério Público pode contribuir para remover cargas de inércia burocrática ou de inércia política, abrindo espaços para que as transformações e a melhoria da instituição acompanhada ocorram. Muitas vezes, essas reuniões geram microacordos que, registrados em ata, constituem título executivo (art. 784, IV, do CPC) e servem para promover avanços graduais no comportamento institucional. Esses compromissos, ainda que parciais ou provisórios, são excelentes instrumentos para produzir melhoria institucional progressiva e contínua. (VITORELLI, 2021, p. 148).

Além do instrumento-macro do procedimento administrativo, outros institutos podem ser citados como indutivos de políticas públicas, como a recomendação estrutural e o compromisso de ajustamento de conduta estrutural (VITORELLI, 2021). Some-se a isto a previsão legal da lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que prevê a realização de audiências públicas como instrumento disponível ao membro do Ministério Público (art. 27, parágrafo único, IV), permitindo-se assim a participação multipolar na construção de soluções jurídicas.

Portanto, cabe ao Ministério Público, antes mesmo de veicular uma demanda estrutural, valer-se dos instrumentos jurídicos legais e regulamentares a seu dispor, com o objetivo de não apenas evitar a judicialização, mas obter a concreção das políticas públicas pela via indutiva ou resolutive, na seara extrajudicial.

## 9 Considerações finais

Os objetivos principais deste trabalho consistiram em estabelecer a similitude entre o controle da aplicação de políticas públicas e o conceito de problemas estruturais e, com base nesta premissa, demonstrar que a solução estrutural, seja judicial ou extrajudicial, no âmbito do Ministério Público, é mais adequada na concreção dos direitos sociais sonogados à população.

Para tanto, faz-se necessária a superação de diversas lógicas de natureza binária ainda arraigadas no direito brasileiro, tais como procedência/improcedência, autor/réu, lícito/ilícito. É essencial compreender que os problemas em uma sociedade de risco não possuem uma solução clara. Há necessidade de contraposição de interesses, que devem ser sopesados no momento de tomada de decisão, a fim de se atingir a solução adequada para o problema social posto.

E, no contexto de uma sociedade com problemas de alto grau de complexidade e direitos cuja implementação demandam a criação de um programa com etapas que devem ser postas em discussão, é essencial a busca de uma solução que não se pretenda correta, mas, sobretudo, adequada.

Igualmente, não se trata de o Poder Judiciário se substituir ao administrador. Cuida-se, em verdade, de estabelecimento de parâmetros mínimos de intervenção em política pública exigida pelo ordenamento jurídico e que, diante da inércia do responsável primário, foi levada para outra seara de discussão. A criação destes parâmetros mínimos é o que pode legitimar, *a posteriori*, a intervenção em políticas públicas, superando-se os óbices doutrinários à intervenção judicial ou extrajudicial.

## Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, ano 38, vol. 225, p. 400. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod\\_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf) Acesso em 15 ago. 2021.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, 2015. Vol. 2, N. 2. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wpcontent/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>, acesso em 15 abr. 2020
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático In SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti: **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2008 pp. 111-147
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad**. Ed. Paidós. 3ª Impresão. Barcelona, 2010.
- BRASIL, Constituição Federal. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 16 ago. 2021.
- BRASIL, Lei Ordinária nº 8.625 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm) Acesso em 16 ago. 2021.
- BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público, Resolução nº 23, 2007. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resoluo-0232.pdf> Acesso em 16 ago. 2021.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC do Distrito Federal. De 09 set. 2015.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2006.

- COUTO, Cláudio Gonçalves e ARANTES, Rogério Bastos. **Constituição, Governo e Democracia no Brasil**. Disponível em RBCS Vol. 21 nº. 61 junho/2006.
- DAHER, Lenna Luciana Nunes. **Ministério Público Resolutivo e o adequado tratamento dos litígios estruturais – Coleção Ministério Público Resolutivo**. Ed. D'Plácido. Belo Horizonte, 2019.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro In **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** nº 75, Rio de Janeiro, jan./mar. 2020.
- FISS, Owen. Two models of adjudication In GOLDWIN, Robert. A. e Schambra William. A. **How Does The Constitution Secure Rights?** AEI Press. Estados Unidos, 1985. Disponível em <https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf> Acesso em 15 ago. 2021.
- FISS, Owen. **“The forms of justice”**. Harvard law review, vol. 93, n. 1, p. 18-19, nov. 79. Disponível em [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers) Acesso em 15 ago. 2021
- HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo Judicial e Controle de Políticas Públicas. In **Revista Seção Judiciária da Justiça Federal**, Rio de Janeiro, v 18, p. 257-274. abr. 2011.
- NOGUEIRA, Filipe Bastos e GUEDES, Jefferson Carús. As decisões estruturantes como mecanismo apto a implementar a efetividade das decisões judiciais nos conflitos envolvendo políticas públicas In **Caderno de Direitos e Políticas Públicas**, ISSN a obter, a. 1, v. 1, n. 1, jan/jun, 2019, p. 2.
- VELLOSO, Adolfo Alvarado. O Garantismo Processual In **Ativismo Judicial e Garantismo Processual** Coord. DIDIER Jr. Fredie et al., Ed. Jus Podivm. Salvador, 2013.Pp. 13-34.
- SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas *in* **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index> Acesso em 15 ago. 2021.
- SILVA, Sandoval Alves. **O Ministério Público e a Concretização dos Direitos Humanos**. Coleção Eduardo Espínola. Coordenador Fredie Didier Jr. Salvador, Ed. Jus Podivm, 2016.
- VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 2ª Ed. Salvador, Ed. Jus Podivm, 2021.