

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA  
JUSTIÇA**

**CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO**

**LUIZ FERNANDO BELLINETTI**

**TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

**Comunicação:**

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

**Eventos:**

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos Marden Cabral Coutinho; Luiz Fernando Bellinetti; Tatiane Campelo Da Silva Palhares. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-873-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo e jurisdição. 3. Efetividade da justiça. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# **XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE**

## **PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA**

---

### **Apresentação**

Com a realização do XXX Congresso Nacional do CONPEDI “Acesso à justiça, soluções de litígios e desenvolvimento”, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, foram apresentados os trabalhos (artigos) no dia 16 de novembro de 2023, no Grupo de Trabalho (GT): PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I.

Foram apresentados 22 artigos, com elevada qualidade, em temas afetos ao GT e que proporcionaram importantes discussões:

1. Em busca da verdade escondida: epistemologia aplicada à dimensão fática do direito
2. Impactos da utilização da inteligência artificial e dos algoritmos no direito processual: uma análise sob a ótica do processo constitucional democrático
3. A necessária implementação do contraditório na formação do mérito processual das ações coletivas de natureza democrática
4. O abuso do direito na tutela executiva e a responsabilidade civil do executado
5. Judicialização democrática das políticas públicas
6. Da jurisdição e dos requisitos à atividade jurisdicional na visão da teoria processual neoinstitucionalista do direito, de roseiro pereira leal
7. O diálogo institucional e a compliance como proposta de desjudicialização da saúde: novas ferramentas processuais
8. Princípio da interoperabilidade na resolução nº 444/2022 do cnj: considerações acerca da criação de uma cultura (automatizada e uniformizada) de precedentes no brasil
9. A zona de sobreposição entre irdr e iac: um estudo a partir da justiça do trabalho
10. Amor e ódio: a preponderância do viés finalístico nas decisões judiciais

11. Um robô no tribunal: contribuições das IAs para o acesso à justiça, limites e perspectivas
12. Direitos da personalidade, bancos de dados e inteligência artificial: o impacto do sistema e-natjus na judicialização do direito à saúde
13. O novo filtro da relevância jurídica e a função interpretativa da corte de precedentes
14. Harmonização jurisprudencial e estabilidade do sistema jurídico: análise da aplicação dos precedentes qualificados pelo tribunal de justiça do estado do Maranhão
15. Da harmonia ao direito: a relação entre a música e as técnicas de aplicação e interpretação de precedentes no processo civil.
16. Dinâmica democrática: ativismo judicial, judicialização da política e a participação da sociedade
17. A distinção (distinguishing) no direito processual brasileiro: um panorama teórico e normativo
18. A mitigação da discricionariedade nas decisões judiciais a partir da aplicação da teoria da integridade de Ronald Dworkin
19. A prescrição intercorrente no direito brasileiro: limites, natureza jurídica e aplicação
20. O contexto brasileiro na recepção da doutrina de precedentes e o desafio da superação consequencialista para a efetividade da justiça
21. Acordos firmados pelo Ministério Público baseados nos princípios da participação e da cooperação, utilizando-se de regras de justificação propostas na teoria da argumentação de Robert Alexy
22. A legitimidade ativa para a modificação da tese firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas: uma afronta ao acesso à justiça?

Após quase 4 horas de debates profícuos foram encerrados os trabalhos do GT.

Esses vários temas são representativos da abrangência e amplitude da investigação e produção acadêmica nacional nas pesquisas pertinentes a este Grupo de Trabalho, tendo em

vista que os autores estão vinculados aos mais diversos programas de pós-graduação em Direito, revelando grande diversidade regional e institucional.

Os intensos debates sobre os trabalhos apresentados, muitos relacionados ao desenvolvimento de dissertações e teses, mostram a relevância das contribuições.

Certos de que a publicação fornece importantes instrumentos para os pesquisadores da área jurídica, especialmente relativos aos temas deste GT, os organizadores prestam suas homenagens e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), e em especial a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Professora Dra. Tatiane Campelo da Silva Palhares.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho

# JUDICIALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

## DEMOCRATIC JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES

**Carlos Marden Cabral Coutinho <sup>1</sup>**

**Rose Raphaele Pereira De Sousa <sup>2</sup>**

### **Resumo**

O presente artigo é elaborado a partir de uma pesquisa acerca da judicialização das políticas públicas. Quando se verifica a judicialização das políticas públicas, ocorre uma distorção da finalidade dos Poderes, e incumbe ao Poder Judiciário o dever de satisfazer parcela da população, tendo em vista que a política se exime da obrigação de fazer e efetivar as políticas públicas. Como consectário, questiona-se: em que medida o conceito de processo pode impactar na qualidade das demandas estruturais? A relevância do tema tem como fundamento a crescente judicialização de políticas públicas no Poder Judiciário brasileiro. Entretanto, pretende-se demonstrar, como objetivo, que a utilização de demandas sistêmicas, baseada no Modelo Constitucional do Processo por parte do Poder Judiciário, pode diminuir as consequências adversas da judicialização das políticas públicas. Ou seja, uma concepção democrática de processo pode favorecer uma abordagem estilo *second best*, baseada no diálogo entre os interessados na judicialização das políticas públicas. A metodologia de estudo aplicada ao presente artigo contém o aporte de análise bibliográfica. Como resultado, se pretende demonstrar que a judicialização das políticas públicas, tendo como base o Modelo Constitucional do Processo, é um mecanismo de atuação da sociedade para a inclusão social, diante da opção do Poder Legislativo de não enfrentar determinadas pautas.

**Palavras-chave:** Políticas públicas, *Second best*, Judicialização, Abordagem sistêmica, Modelo constitucional de processo

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article is based on a research about the judicialization of public policies. When the judicialization of public policies is verified, there is a distortion of the purpose of the powers, and the Judiciary is charged with the duty to satisfy part of the population, considering that the policy is exempt from the obligation to make and implement public policies. As a consequence, the question is, to what extent can the concept of process impact the quality of structural demands? The relevance of the theme is based on the increasing judicialization of public policies in the Brazilian Judiciary. However, it is intended to demonstrate, as an

---

<sup>1</sup> Procurador Federal. Graduado em Direito, Especialista em Processo Civil, Mestre Ordem Jurídica Constitucional. Doutorado Direito Processual. Pós-Doutor Estado, Constituição e Democracia. Professor Graduação e Mestrado.

<sup>2</sup> Mestranda do Programa Processo e Direito ao Desenvolvimento - UNICHRISTUS. Bacharela, Especialista em Direito e Processos Administrativo - UNIFOR. Advogada. Servidora comissionada da Secretaria do Planejamento e Gestão do Ceará.

objective, that the use of systemic demands, based on the constitutional model of process by the Judiciary, can reduce the adverse consequences of the judicialization of public policies. In other words, a democratic conception of process can favor a second best approach, based on the dialogue between the interested parties in the judicialization of public policies. The study methodology applied to the present article contains the contribution of bibliographical analysis. As a result, we intend to demonstrate that the judicialization of public policies, based on the constitutional model of the process, is a mechanism for society to act towards social inclusion, given the Legislative Branch's option not to face certain agendas.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Public policies, Second best, Judicialization, Systemic approach, Constitutional process model

## INTRODUÇÃO

O artigo 5º, XXXV da Carta Magna de 1988 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) traz a perspectiva de que as políticas públicas podem ser submetidas ao controle do Poder Judiciário, caso sua (não) implementação seja considerada (potencialmente) lesiva aos Direitos Fundamentais. A dinâmica da Constituição de 1988 abraça o princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário sem impor exceções.

Conceber a política pública com base em informações acerca dos problemas e suas dimensões, para além de uma exigência lógica, é fundamental por ao menos duas razões jurídicas: a garantia da igualdade (art. 5º, *caput*) e a redução das desigualdades (art. 3º, III) (BARCELLOS, 2018, p. 257)

A judicialização da política pública às vezes acaba sendo estigmatizada pelo fato de ser feita por um processo de viés instrumentalista. Tal problema poderia ser melhorado (ou mesmo eliminado) caso se adotasse uma perspectiva mais democrática de processo, de modo a permitir um diálogo efetivo entre os envolvidos na busca de uma solução sistêmica<sup>1</sup>; em vez de ter uma ação individual (de cunho instrumentalista), de aplicabilidade da lei no caso concreto.

[...] o debate judicial sobre a aplicação de políticas públicas é o que se revela mais intrinsecamente jurídico, porque é onde se leva ao limite a questão da vinculatividade, isto é, o poder de coerção da norma jurídica, em relação ao direito, em especial aos direitos sociais. E nesse debate se revela, como em nenhum outro, a característica ontologicamente particular dos direitos sociais, cuja implementação justifica que se considere que o seu surgimento define um novo paradigma no cenário jurídico. (BUCCI, 2006, p. 22)

Nesse contexto, a utilização do processo democrático deseja operacionalizar (criar um sistema amistoso a) uma decisão *second best*<sup>2</sup>. Ou seja, a decisão *first best* vem de forma fácil em um processo individual, e no processo coletivo obriga aos envolvidos que se pense de uma maneira sistêmica. Cumpre esclarecer que quando se fala do *second best*, busca-se destacar a importância de pensar o problema para além da esfera estritamente individual, especialmente naqueles casos em que a solução ideal pode ser garantida a um indivíduo, mas

---

<sup>1</sup> O processo estrutural é um processo coletivo com o objetivo de reorganizar uma estrutura burocrática, seja ela pública ou privada. Contribui para a ocorrência de violações devido à sua forma de funcionamento, que resultam em conflitos estruturais.

<sup>2</sup> A teoria do second-best desenvolvida por Cass Sunstein (jurista e professor de direito) é uma abordagem econômica baseada na teoria do bem-estar social. Tem um importante impacto na formulação de políticas públicas. Em vez de se inquirir ideais inalcançáveis buscam-se soluções que potencializem o bem-estar social. E, o bem-estar social considera os limites existentes do mundo real.

não poderia ser estendida para toda a coletividade. (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian., 2003)

Ainda nesse cenário a demanda estrutural parte da premissa fundamental de que existe um problema sistêmico. Este, a depender da hipótese, pode ser um estado inconstitucional das coisas, e as soluções pontuais não serão satisfatórias. Logo, se resolverá a situação por meio de um tratamento estrutural. Neste caso, o juiz faz uma articulação (diálogo) entre os Poderes.

Neste trabalho, na primeira parte se analisará de forma breve a judicialização das políticas públicas, apresentando inicialmente a Teoria da Relação Jurídica de Oskar von Bülow. A partir de então, busca-se nas referências brasileiras o impacto da Teoria de Oskar von Bülow no processo desenvolvido no ordenamento brasileiro. O segundo tópico, na sequência, propõe-se a abordar a concepção do processo democrático e as capacidades institucionais no qual trataremos as concepções *first best* e *second best*, conforme leciona Cass Sunstein e Adrian Vermeule. A terceira seção cuidará de condensar os motivos do processo estrutural em face de uma judicialização democrática.

Por fim, convém mencionar que não se enfrentará neste artigo a questão do ativismo judicial, em virtude da necessidade de estabelecer um foco de estudo (e não por sua pouca importância). Versa a confecção deste artigo quanto ao método de pesquisa bibliográfico, buscando um levantamento por meio do referencial teórico pertinente.

## **1 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

As políticas públicas são ações governamentais que buscam solucionar uma necessidade da população, diante da distribuição do orçamento público. E, segundo Maria Paula Dallari Bucci (2006) essas políticas públicas incluem tanto a formulação de programas e projetos, como sua implementação e avaliação. Na ausência ou na deficiência de efetivação dessas necessidades abre-se margem para a judicialização das políticas públicas.

Assim, falar sobre teorias do processo se faz necessário para a concepção da judicialização das políticas públicas. Efetivamente, na medida em que haverá um deslocamento das políticas públicas do Poder Executivo para o Poder Judiciário, convém saber até que ponto a atuação deste último está adequada à função que lhe foi constitucionalmente atribuída.

Quando Oskar von Bülow (1964) começou a estudar o processo como ciência, ofereceu seu argumento em torno da Teoria da Relação Jurídica (relação entre juiz, autor e réu). Em Oskar von Bülow (1964) se verifica a concepção de que o processo é por natureza

uma relação jurídica (dimensão intrínseca) e ao mesmo tempo um procedimento (dimensão extrínseca). Oskar von Bülow (1964) alega que o Poder Judiciário tem maior relevância que os demais poderes, dada a sua essencialidade para o funcionamento da sociedade.

Tratava-se, portanto, de uma teoria jurídica fundada na ideia da autoridade do Poder Judiciário; inclusive como uma forma de responder ao (então vigente) modelo liberal de processo. A solução para buscar uma maior celeridade e efetividade no trâmite processual passava pela estratégia de proporcionar melhor estrutura e mais autoridade ao Poder Judiciário. Inclusive porque consegue-se extrair da teoria de Oskar von Bülow (1964) que a relação jurídica possui um elo indispensável ao exercício do poder estatal, garantindo direitos e deveres aos cidadãos.

Ainda como marco teórico do processo cita-se o destaque que alcançou no Brasil a teoria de Cândido Rangel Dinamarco (2008). Esta teoria pode ser sintetizada na ideia de que o processo é concebido como um instrumento da jurisdição, com o intuito de realizar os escopos (objetivos) metajurídicos do Estado. Sendo o processo um instrumento do Poder Judiciário, existe uma superioridade do juiz, que possui uma cognição superior para acessar o verdadeiro conteúdo da norma.

Derivada diretamente da Teoria da Relação Jurídica e com forte influência de autores italianos (como Giuseppe Chiovenda e Piero Calamandrei), a Teoria Instrumentalista se consagrou por meio da Escola Paulista de Processo criada por Enrico Tullio Liebman. Sob sua influência, foram confeccionados os Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015; nos quais existem inúmeros dispositivos revelando a concepção de processo como uma forma de aplicar a lei no caso concreto, segundo o interesse do Estado.

Com a evolução da sociedade, após a Segunda Guerra Mundial urgiu a busca por novas teorias que pudessem sustentar o modelo de Estado menos autoritário, tendo em vista que o Estado de Direito não impediu as atrocidades que ocorreram na guerra. A própria consolidação do paradigma do Estado Democrático de Direito exigiu que as instituições jurídicas passassem a dialogar com conceitos até então periféricos, como Democracia, Direitos Fundamentais e Constituição.

Naturalmente, o Direito Processual não poderia ficar excluído desse movimento de convergência, de modo que também as teorias de processo acabaram por amadurecer de acordo com o novo paradigma. Nesse sentido, merecem especial destaque a Teoria Estruturalista de Elio Fazzalari (com seu conceito de processo como procedimento em contraditório) e a concepção de Modelo Constitucional de Processo (oferecida por Italo Andolina e Giuseppe Vignera).

Em razão de seu ciclo histórico relativamente atrasado, a discussão de tais questões somente chegou ao Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988 (primeira da nossa História a consagrar o modelo do Estado Democrático de Direito). Dentro de uma perspectiva compatível com o novo paradigma, o processo deve ser concebido como um Direito Fundamental assegurado aos interessados.

Na Teoria do Processo Democrático, a função do processo é garantir um ambiente dialógico, onde deve existir o contraditório efetivo entre os interessados, e os princípios elencados na Constituição devem dialogar. Sendo assim, para além da aplicação da norma ao caso concreto; o processo adquire uma função garantista, volta a realizar princípios processuais como publicidade, imparcialidade, duração razoável, fundamentação das decisões etc.

Na vigência do Estado Democrático de Direito (pós promulgação da Constituição de 1988), o tipo de processo autoritário fundamentado na teoria de Oskar von Bülow não é adequado para a crescente judicialização das políticas públicas no Judiciário brasileiro.

[...] não se pode conceber a existência fática de um Estado Democrático de Direito, sem que se entenda o conceito de processo constitucional democrático, pois é nesse último que reside a própria garantia de existência dos fundamentos daquele. (COUTINHO, 2012, p. 36)

A concepção de processo adotada no Código de Processo Civil de 2015 merece uma digressão crítica. Aqui o processo é concebido na perspectiva da celeridade, da relação jurídica do processo, e que por vezes o juiz fica com a obrigação de aplicar algum escopo metajurídico, como mencionado por Cândido Rangel Dinamarco (2008), quando na verdade a função precípua do juiz é a de garantir um ambiente democrático.

Diante de tais explanações faz-se necessário trazer a conceituação de políticas públicas. O conceito refere-se a “um estudo multidisciplinar, que envolve áreas como o Direito, a Ciência Política, a Administração Pública, a Economia e as Finanças Públicas” (DE CARVALHO, 2020, p. 3).

Segundo Maria Paula Dallari Bucci, as políticas públicas incluem a formulação de programas e projetos como sua implementação e avaliação. Tais políticas podem ser direcionadas para diversas áreas, tais como saúde, segurança, meio ambiente, saúde, educação, entre outras. E, é essencial que tais políticas sejam embasadas em princípios como a participação social, a universalidade, a equidade, visando assim uma sociedade mais justa e igualitária.

Quanto às políticas públicas, pode-se aferir que existe uma opção do Poder Legislativo de não as implementar, e neste caso isso se configura como uma escolha. Independe se a opção é por não querer se envolver no assunto, por exemplo, devido à complexidade, ou porque não existe interesse em legislar sobre o assunto.

Em sendo omissão ou displicência essa situação reverbera diante da necessidade de se buscar uma forma de viabilizar a efetividade daquele direito.

[...] preocupante, pois que, após tanta luta pela abertura democrática, para o pluralismo político e liberdade de ideias, quando finalmente há uma estrutura estatal a garantir tudo isso, percebe-se que o sistema político não tem servido como principal canal de formação da vontade do Estado, ao contrário, temas polêmicos – como o aborto de anencéfalo (ADPF 54) e como os citados temas da união civil entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132 e ADIn. 4277) e da adoção entre casais homoafetivos – ou não são levados ao Legislativo, ou, quando são, este não decide, sendo a questão levada ao Judiciário, que vem aplicando diretamente a Constituição, sem, contudo, gerar “regras gerais” dado que este não é seu papel. (NUNES, 2010, p. 66)

Interessa mencionar, que o Poder Judiciário, outrossim, diante do modelo individual de ação fica sobrecarregado, e acaba confeccionando medidas individualizadas acerca de demandas que possuem características voltadas para a coletividade.

A Justiça brasileira se vê sobrecarregada e os julgadores se deparam com inúmeras ações que objetivam a reparação civil com base em pretenso abalo moral. Nesse campo é evidente a massificação de pedidos frágeis e desfundamentados que em nada configuram uma lesão aos direitos da personalidade. São meras adversidades e dissabores próprios do cotidiano e não ensejam qualquer compensação. (PEDRALLI, 2021, p.122)

À medida que se propõe uma ação para fornecimento de medicamentos, por exemplo, gera-se como efeito prático o desamparo da coletividade em face do investimento capitaneado no orçamento público. Ou seja, surge um problema, na medida em que o juiz proferirá sentenças para cumprimento de obrigações, sem se atentar com o todo. Isso acontece porque, nesse caso, o direito individual só pode ser efetivado à custa do direito coletivo.

Apesar disso, o Poder Judiciário a cada dia continua a receber mais e mais demandas relacionadas às políticas públicas, vendo-se obrigado a se posicionar, independentemente da atuação ou omissão dos poderes afeitos ao fato.

Há um consenso de que o Judiciário, direta ou indiretamente, analisa as políticas públicas quando aprecia as demandas que lhe são submetidas. Contudo, não é possível dizer o mesmo em relação aos seus limites, às suas formas, às objeções, à sua extensão e a outros pontos em debate, para definir e encontrar o equilíbrio da medida mais adequada da intervenção. (BOCHENEK, 2021, p. 157)

Percebe-se, por fim, que a evolução da teoria do processo ainda acarreta ao Poder Judiciário diversas demandas para as quais ele não deveria ter a gerência final. Portanto, é necessário nos debruçarmos quanto às capacidades institucionais, e os desdobramentos lógicos, tema da próxima seção.

## **2 A CONCEPÇÃO DO PROCESSO DEMOCRÁTICO E AS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS**

Como o próprio nome já permite vislumbrar, a concepção de processo democrático remonta à ideia de freios e contrapesos em que o típico Estado de Direito possui poderes harmônicos e independentes. O status de cláusula pétrea conferido ao artigo 2º da Carta Magna de 1988 tem seus primórdios no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que consagrou o Princípio da Separação de Poderes.

Cada um dos Poderes fica estruturado para cuidar de suas funções, valendo-se da permissão de uma série de órgãos (instituições) especializados para se desenharem em torno das capacidades que lhe são exigidas.

Em meio a tantos pontos intrincados das relações entre os poderes constituídos e a sociedade, destaca-se que o Legislativo, que trabalha com a lógica do consenso, e o Executivo, com a finitude dos recursos, cada vez mais, depararam-se com a insuficiência de suas ações para atender à concretização dos direitos humanos e dos valores constitucionais. (BOCHENEK, 2021, p. 156)

Faz-se necessário então desenvolver um argumento a respeito da função do processo e do juiz. Para tanto, será importante elaborar um pouco mais o conceito de capacidades institucionais, como forma de delinear um limite estrito de atuação das diferentes esferas do Poder Público (delimitando a zona própria de atuação do Poder Judiciário).

Conforme Diego Arguelhes e Fernando Leal (2011, p. 8), as capacidades institucionais são utilizadas para “estruturar melhor o exercício da discricionariedade judicial, na medida em que prescreve a incorporação de considerações sobre os recursos e limitações” que possui um órgão para solucionar a questão, objeto de análise.

Questiona-se a existência da necessidade de releitura acerca do processo e do juiz, porque Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003) verificaram que a capacidade institucional do juiz determinará a forma de interpretação.

[...] a tese das capacidades institucionais formulada pelos referidos autores possui as seguintes características: a busca por uma releitura do formalismo, a defesa do consequencialismo e do textualismo, sua ancoragem em uma visão empírica e o resgate da deferência do Poder Judiciário.

Os diferenciais da teoria das capacidades institucionais estão na preocupação institucional, na promoção da teoria dos acordos incompletamente teorizados, na

opção por decisões de segunda ordem e na elevação das agências como as entidades decisórias mais adequadas para a solução de casos controvertidos (CAVACO, 2021, p. 118)

Em suma, as concepções *first best* e *second best*, conforme Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003), podem ser condensadas nas seguintes situações: i) o raciocínio *first best* só faz sentido quando o cenário ideal é atingível; ii) se o ideal não é atingível, então será descartado, e se adota o *second best*; iii) o *second best* refere-se a escolha de decisão entre as opções realistas (sem utilizar de idealismo).

[...] os conflitos interinstitucionais tão em voga atualmente, sobretudo, por uma frenética e ainda incompreendida sobreposição das funções exercidas pelos Poderes da República, serão solucionados por meio da escolha do método de decisão mais capacitado para oferecer uma resposta adequada a determinado problema, de sorte a extrair do sistema jurídico uma performance qualitativa que preste obediência aos direitos fundamentais plasmados na Carta Constitucional. (CAVACO, 2021, p. 123)

Desta feita, entende-se que a opção do legislador por não legislar acaba trazendo ao Poder Judiciário a imposição de uma decisão *second best*, tendo em vista que não existe para este poder a opção de tolher-se e ficar resguardado em não decidir, pois estamos diante da construção de uma ordem jurídica transdisciplinar.

[...] cenário de complexidade das relações sociais, aumenta, proporcionalmente, a tendência de normas de processo civil mais abertas e amplas, e ao magistrado, condutor e impulsionador do processo, e às partes, provocadoras e fiscalizadoras dos atos, cabe a missão de corresponder, com as suas respectivas participações no processo, de modo a atuar em grau máximo de cooperação e colaboração, além de utilizar a flexibilização, a adaptabilidade e a plasticidade processual. Neste ponto, reside a relevância das demandas estruturais serem ajuizadas com o máximo de elementos para que o magistrado utilize os preceitos normativos processuais flexibilizados na instrução do caso concreto, com resultados positivos melhores em termos de efetividade da prestação jurisdicional. (BOCHENEK, 2021, p. 166)

Nesse sentido, parece que a separação dos poderes está em processo de desconstrução, diante da vigência do pensamento *second best*. Afinal, a independência dos poderes evita abusos de poder e assegura o equilíbrio e a fiscalização mútua. Inclusive, é nesta busca pela melhoria desses aspectos que fomenta a base da construção de sociedades democráticas, ferramenta que será abordada no próximo tópico.

### **3 PROCESSO ESTRUTURAL COMO JUDICIALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA**

Insta salientar que a formatação de toda a teoria do processo foi projetada para viabilizar a judicialização em ações que envolviam poucas pessoas, cujos direitos individuais eram discutidos em juízo.

Neste tópico parte-se da premissa que as decisões judiciais podem ajudar a criar condições para uma sociedade mais inclusiva e igualitária, pois o Judiciário ao refletir e debater sobre temas relevantes, como as questões sociais, fortalece a democracia, pois se cria uma maior conscientização, participação e engajamento cívico dos cidadãos.

Formatar um pensamento diferente é compilar um sistema processual onde o julgamento de demandas individuais acaba afetando a demanda coletiva, quando a bem da verdade se poderia viabilizar o inverso.

No Brasil, embora o processo coletivo esteja disponível, é comum que litígios coletivos sejam tratados por múltiplos processos individuais. Apesar de lícita, essa alternativa prejudica a qualidade e economicidade da prestação jurisdicional, propicia julgamentos contraditórios, em prejuízo ao princípio da isonomia e impede que o problema seja solucionado como um todo, a partir da consideração completa de seus elementos. (VITORELLI, 2020, p. 36)

Tendo como premissa a concepção democrática de processo (como um Direito Fundamental à existência de um ambiente dialógico-discursivo adequado ao modelo previsto na Constituição Federal), percebe-se que a coletividade possui direitos, que devem ser respeitados, e

Não se trata de minimizar os vários papéis que as decisões judiciais têm e podem ter no tema dos direitos, mas apenas de constatar que é ilusório imaginar que possa caber ao Judiciário a função de garantir o respeito, proteção ou promoção dos direitos fundamentais em caráter geral. A edição de uma lei criando uma política pública de promoção de determinado direito será um ponto de partida: indispensável, sem dúvida, mas apenas um ponto de partida. Em boa medida o mesmo acontece com decisões judiciais mais complexas, que pretendem interferir com políticas públicas de forma coletiva. A transformação da realidade não se seguirá magicamente à expedição da norma e sequer a execução da própria lei e da política por ela delineada são automáticas. (BARCELLOS, 2018, p. 255)

Com efeito, o processo estrutural refere-se ao papel desempenhado pelos tribunais na transformação da política e da sociedade. Afinal, os tribunais passam a desenvolver normas, resolver controvérsias complexas, e a definir políticas públicas, em vez de apenas interpretar e aplicar a lei.

Vislumbra-se que o Poder Judiciário adota soluções práticas, diante da ausência da regulação do processo coletivo, que aos poucos têm se consolidado em torno das chamadas demandas estruturais (voltadas para resolver problemas sistêmicos com reflexos individuais), onde podem ser encaixadas as decisões judiciais que se referem às políticas públicas.

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Essencialmente, o processo estrutural tem como

desafios: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura. (VITORELLI, 2021)

As demandas estruturais apostam nas qualidades dos envolvidos para resolver um processo complexo, no qual o juiz terá como função gerir o processo.

[...] a intervenção judicial exige diversas cautelas. Primeiro, as ordens judiciais precisam ser devidamente informadas, após um debate frutífero com as partes e com a sociedade impactada, positiva e negativamente, pelo litígio, para que possam intervir na realidade com qualidade suficiente. Segundo, as ordens devem ser pautadas por um princípio de intervenção mínima, a fim de que deixem para a solução consensual tudo aquilo que puder ser solucionado por consenso. O juiz deve ser um agente que desobstrui os caminhos para a solução, mas do que ser o seu produtor. Em terceiro lugar, a solução estrutural pela via processual exige novas compreensões de uma série de conceitos processuais que foram pensados para reduzir o alcance e a maleabilidade da atuação judicial, em nome da segurança jurídica. (VITORELLI, 2020, p. 471)

Na concepção das demandas estruturais verifica-se a troca da segurança jurídica pela segurança institucional, quando se utiliza as ferramentas do Código de Processo Civil, por exemplo.

[..] é necessária uma flexibilização procedimental a fim de tutelar o direito das partes e efetivar as políticas públicas que estão em desconformidade, por meio de um procedimento gerido e supervisionado na esfera judicial. Na medida em que os fatos são esclarecidos, os problemas e as soluções podem ser relidos e redescobertos ao longo do processo. O pedido e a decisão podem ser progressivamente adequados às alterações da realidade. Relativiza-se a estabilização da demanda (art. 329 do CPC) do processo estrutural. Nesta linha, o atual art. 493 do CPC estabelece que se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Em síntese performativa, para cada processo e conflito existe um tipo de procedimento adaptável para as suas peculiaridades e particularidades. (BOCHENEK, 2021, p. 164)

Manter uma estrutura de Justiça que viabiliza processos individuais, demanda dos envolvidos tempo e esforço. Afinal, perde-se a confecção de uma estrutural governamental

que consiga atender a coletividade (independentemente de quem demandou judicialmente). O clássico exemplo está atrelado com o sistema de saúde:

Definir quais tratamentos ou medicamentos devem ser fornecidos pelo Sistema Único de Saúde é um problema estrutural. Demandaria alterações em toda a dinâmica do sistema, nas alocações orçamentárias, nos critérios científicos que orientam a incorporação de novas tecnologias etc. Mas nenhuma ação, individual ou coletiva, pretende fazer isso. Os milhares de ações relativas a esse caso requerem tratamentos ou medicamentos específicos, para uma pessoa ou para todas as que estiverem naquela situação, sem se importar, por exemplo, com o impacto orçamentário cumulativo das condenações, que, hoje, atinge cifras bilionárias. (VITORELLI, 2021)

Dessa forma, enquanto o juiz não atuar de maneira sistêmica, e conceber um processo de forma democrática, ocorrerá uma projeção para a Justiça por diversos necessitados, e um desequilíbrio entre os Poderes, e conseqüentemente ocorrerá um desequilíbrio no planejamento e gestão do orçamento público. E, como dita Dierle Nunes (2010, p. 89) “a solução deve passar pela busca de uma política pública da qual participem todos os seguimentos acadêmicos e profissionais”.

Ainda nesse sentido, Carlos Marden esclarece que

[...] ao se entender que a Constituição Federal ofereceu uma base principiológica uníssona sobre a qual deve se assentar o instituto, inevitável perceber que o contraditório é apenas um dos princípios envolvidos, sendo que os outros são a ampla defesa (participação); a imparcialidade do julgador; e a fundamentação das decisões. Esta visão sistemática, inclusive, é aquela compatível com outro conceito fundamental ao Estado Democrático de Direito, qual seja, o de democracia. (COUTINHO, 2012, p. 30)

Ademais, quando ocorre uma violação sistêmica (tão disseminada) dos direitos fundamentais, e que se percebe que o enfrentamento via ações individuais não será capaz de avançar na solução do problema detectado estamos diante daquilo que a doutrina chama de Estado de Coisas Inconstitucional.

[...] são três os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional:  
- a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;  
- a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;  
- a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes – são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc. (CAMPOS, 2015)

Como até o presente momento no ordenamento brasileiro impera o uso de um sistema processual instrumentalista verifica-se que as decisões das demandas estruturais poderiam ser tratadas sob a perspectiva de um Modelo de Processo Constitucional, porque no atual sistema as decisões tendem a ser rígidas/imutáveis. Entende-se que quando se prioriza o caminho das demandas estruturais, a participação democrática passa a ser mais integrada à lógica do processo.

Em suma, o processo estrutural como judicialização democrática é uma faceta importante da democracia moderna. Através dele, os tribunais desempenham um papel ativo na definição de políticas públicas e na proteção dos direitos fundamentais. Embora ocorram críticas, a judicialização democrática contribui para a promoção da igualdade, para a inclusão de minorias e para a melhoria da qualidade da democracia. No entanto, é crucial encontrar um equilíbrio entre o papel dos tribunais e a tomada de decisões democráticas, a fim de garantir a estabilidade e a legitimidade das instituições democráticas.

Tendo em vista que “a consagração dos direitos fundamentais nas constituições, exige que eles sejam passíveis de serem demandados em juízo” (VITORELLI, 2020, p. 470), percebe-se que ocorre um diálogo necessário entre os interessados, e a compatibilidade das demandas estruturais oportunizará resultados significativos perante o Poder Judiciário.

## **CONCLUSÃO**

O ideal seria que as políticas públicas fossem formatadas e discutidas no âmbito político, próprio da efetividade concedida pela legitimação popular, em que o povo escolhe seus representantes, e estes buscarão a efetividade desses direitos. Entretanto, o ideal não acontece para todos e os necessitados de algum direito fundamental, diante da ausência de uma política pública, buscarão uma possibilidade junto ao Poder Judiciário.

A demanda de uma ação individual traz ao Poder Judiciário a cadência do processo civil, por exemplo, tal como descrito no Código de Processo Civil. Em contraponto, a demanda estrutural demandará do juiz uma gestão de tempo e de manejo processual diferenciada. A atuação do juiz deixa de ser centrada no imaginário de ser o único detentor de conhecimento, para passar a ser um agregador de valores, um facilitador do diálogo e um garantidor dos direitos fundamentais processuais.

Por óbvio que a busca pelo Judiciário não é um passaporte de garantia do deferimento da petição individual, é apenas um caminho. Inclusive, conforme BUCCI tem o Judiciário a ferramenta adequada para atuar na garantia dos direitos e na efetivação das

políticas públicas, sendo imprescindível que ocorra um diálogo entre os poderes e das políticas públicas participativas para se reduzir a judicialização.

Assim, convém mencionar que pensar de uma maneira sistêmica não é inviabilizar que demandas individuais busquem o acesso ao Judiciário, mas apenas destacar que existem situações nas quais a opção por uma demanda estrutural permite que a política pública seja discutida em um processo compatível com a necessidade de dialogar com um grande número de afetados pela decisão judicial.

É pertinente assinalar as concepções *first best* e *second best*, na medida em que a primeira surge numa busca de se chegar mais perto do mundo ideal, garantindo uma melhor a decisão judicial (abordagem individual). Já na segunda, o emprego do raciocínio refere-se à ideia de que uma vez que o mundo ideal não é atingível, ele não pode ser o critério da decisão judicial, que deve buscar a melhor solução factível (pensa-se de maneira sistêmica).

Diante das demandas estruturais a aplicabilidade de uma política pública fica mais acessível, e fácil de ter viabilidade para todos os envolvidos quando o juiz avoca a função de gerenciar o processo, proporcionando aos interessados à oportunidade de participação equânime no processo.

Para Vitorelli (2020) o juiz precisa ter habilidades para conduzir o processo estrutural, já que

[...] em face das novas funções de coordenação das atividades, alguns pontos são verificados nos processos estruturais quanto à participação efetiva, ativa e cooperativa do juiz gestor: líder na construção de soluções conjuntas, atuações e decisões estratégicas, supera o velho dogma da inércia; gestor público e gestor do processo; agente transformador de mudanças sociais significativas. A complexidade e a conflituosidade policêntrica exigem do juiz novas técnicas para articular e gerir o tempo do processo, em outros termos, antecipar ou postergar o exame de determinados pontos, a considerar estrategicamente o momento oportuno, (BOCHENEK, 2021, p. 169)

Por fim, embora o tema enfrente críticas, a judicialização democrática contribui para a promoção da igualdade, para a melhora da qualidade da democracia, e é crucial encontrar um equilíbrio entre o papel desempenhado pelo Poder Judiciário e a toma de decisões democráticas, a fim de garantir a estabilidade e a legitimidade das instituições democráticas.

Conclui-se, então, que as políticas públicas, quando formadas dentro de um modelo processual democrático, e viabilizadas por meio das demandas estruturais, trarão benefícios para a coletividade. Afinal, haverá um diálogo efetivo de todos os envolvidos da sociedade. E, se pensará de uma forma sistêmica de atuação, gerando e garantindo uma interlocução entre

os princípios fundamentais, além de evidenciar a abordagem múltipla e complexa na implementação de políticas públicas, que envolvem todos os poderes e a sociedade civil.

## REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos à sério”. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 252-265, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5294>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5294>. Acesso em: 04 nov. 2022
- BOCHENEK, Antônio César. Demandas estruturais: flexibilidade e gestão. **ReJuB - Rev. Jud. Bras.**, Brasília, Ano 1, n. 1, p. 155-178, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://revistadaenfam.emnuvens.com.br/renfam/article/download/81/36/156>. Acesso em 07 dez. 2022.
- BUCCI, Maria Paula Dalarmi (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1964. Traducción de Miguel angel Rosas Lichtschein.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Consulta Jurídico**. 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-set-01-/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural](http://www.conjur.com.br/2015-set-01-/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural). Acesso em 30 nov. 2022.
- CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. Capacidades institucionais e caminhos a serem percorridos para uma nova cenainstitucional democrática. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 81, jul./set, p.103-126, 2021. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2360635/Bruno+de+Sa+Barcelos+Cavaco.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2022.
- COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (Constitucional): Reconstrução do Conceito à Luz do Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 10, n. 14, p.24-41, jan./dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/804>. Acesso em 11 dez. 2022.
- DE CARVALHO, F. T.; MENDONÇA, P. A judicialização de políticas públicas no Brasil: uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro. **Caderno de Direito e Políticas Públicas**, [S. l.], v. 1, n. 2, 2020. Disponível em: <http://seer.unirio.br/cdpp/article/view/9765>. Acesso em: 01 dez. 2022.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 13ª edição, 2008.

LEAL, Fernando e ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Estado, Direito e Sociedade (DES)**, n. 38, jan/jun, p. 6-50, 2011. DOI: 10.17808/des.38.184. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184/166>. Acesso em 10 dez. 2022.

NUNES E ALEXANDRE BAHIA, D. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 101, p. 61-96, 1 jul. 2010. DOI: <https://doi.org/10.9732/118>. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118>. Acesso em 07 dez. 2022.

PEDRALLI FARIAS, A. K. DANO EXTRAPATRIMONIAL E O DIREITO DO TRABALHO: JUDICIALIZAÇÃO CONSCIENTE OU BANALIZADA? O IMPACTO DA REFORMA TRABALHISTA. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 115–136, 2021. DOI: 10.47595/cjsiurj.v2i1.31. Disponível em: <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/31>. Acesso em: 01 dez. 2022.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, vol. 101, p. 885-951, fev. 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>. Acesso em 09 dez. 2022.

VITORELLI, E.; JR., H.Z. **Casebook de Processo Coletivo – Vol. I**. Grupo Almedina (Portugal), 2020. 9786556271279. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556271279/>. Acesso em: 09 dez 2022

VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. TRF4, 2021. Disponível em:

[https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=2225](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2225)

Acesso em 02 dez. 2022

\_\_\_\_\_. **Processo Civil Estrutural: teoria e prática**. Juspodivm, 2020.