

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO**

**LUDMILA COSTA REIS**

**PROCESSO COLETIVO EXTRAJUDICIAL:  
A CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS EM CONFLITOS COLETIVOS COMO  
INSTRUMENTO DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**Belo Horizonte  
2018**

**LUDMILA COSTA REIS**

**PROCESSO COLETIVO EXTRAJUDICIAL:  
A CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS EM CONFLITOS COLETIVOS COMO  
INSTRUMENTO DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de Concentração: Processo Coletivo

Orientadora: Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

**Belo Horizonte  
2018**

---

R375p Reis, Ludmila Costa  
Processo coletivo extrajudicial: a construção de consensos em conflitos coletivos como instrumento de controle de políticas públicas / Ludmila Costa Reis. – 2018.  
233 f.; enc.

Orientadora: Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau  
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito, 2018.

1. Direito Processual Coletivo. Teses 2. Políticas públicas. 3.  
Ação coletiva (processo civil). 4. Interesses coletivos. I. Título.

CDU(1976) 347.922

**Universidade Federal de Minas Gerais**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

Tese intitulada “*Processo coletivo extrajudicial: a construção de consensos em conflitos coletivos como instrumento de controle de políticas públicas*”, de autoria da doutoranda LUDMILA COSTA REIS, avaliada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau – Orientadora

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Adriana Goulart de Sena Orsini

---

Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior

---

Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida

---

Prof. Dr. Antônio Gidi

**Belo Horizonte, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.**

## AGRADECIMENTOS

Escrever esta tese de doutorado significou, para além do resultado de uma inquietação acadêmica e profissional, o enfrentamento de um desafio compartilhado. Por isso, registro a minha sincera e profunda gratidão:

À professora Tereza Thibau, minha orientadora, pela delicadeza e pela assertividade com que me auxiliou a estruturar a pesquisa, reconhecer os meus erros, corrigir o rumo e seguir em frente;

À professora Adriana Sena, pelo incentivo decisivo para que eu vivesse a experiência de complementar os estudos em outro país e pelo exemplo profissional de garantia de acesso à justiça;

Ao professor Onofre Alves Batista Júnior que, tão logo soube do tema que me propus a enfrentar, contribuiu de maneira generosa para o seu desenvolvimento e aperfeiçoamento;

Ao professor Gregório Assagra de Almeida, pela inspiração profissional e, em especial, pelo papel vanguardista que vem desempenhando como integrante da Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais, atuando como um dos protagonistas do desenho de um novo perfil institucional dedicado a construir consensos emancipadores;

Ao professor Antônio Gidi que, com sua peculiar generosidade e acolhimento, contribuiu decisivamente para a realização do sonho de estudar em outro país e me proporcionou a valiosa e necessária oportunidade à construção das ideias expostas na pesquisa;

À Cynthia, amiga querida, por seu inestimável e carinhoso incentivo para que eu finalizasse parte substancial da pesquisa antes que eu me tornasse mãe e, depois de dar à luz, por seu seguro conforto nos momentos de inquietude e insegurança;

À minha mãe, Lucila, por me ajudar a cuidar do meu filho com a alegria e com o carinho mais lindos que eu já vi;

Ao meu marido, Rodrigo, e ao meu filho, Lucas, por me inundarem de tanto amor.

*The skillful management of conflicts is among the highest of human skills.*

Stuart Hampshire

*Isso de querer ser  
exatamente aquilo  
que a gente é  
ainda vai  
nos levar além.*

Paulo Leminski

## RESUMO

A pesquisa aponta a insuficiência do tratamento normativo, pelo ordenamento jurídico brasileiro, de meios consensuais de resolução de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas. A análise comparada de julgamentos de tribunais estrangeiros que determinaram obrigações de fazer em face do Poder Público demonstra a necessidade de aprofundamento do estudo e da prática dos métodos consensuais de resolução de conflitos coletivos, os quais se revelam necessários, mesmo após o acionamento do Poder Judiciário, para a concretização do direito material pleiteado. Propõe-se, assim, uma ampliação metodológica do objeto de estudo do direito processual coletivo e o consequente desenvolvimento do denominado *processo coletivo extrajudicial* como método adequado de controle de políticas públicas por meio da construção de consensos entre os atores envolvidos em conflitos coletivos de interesse público.

**Palavras-chave:** Controle de políticas públicas. Construção de consensos. Processo coletivo extrajudicial.

## ABSTRACT

The research indicates the insufficient normative treatment, by the Brazilian legal system, of consensual methods to solve conflicts involving public policies. The comparative analysis of foreign court orders that issued injunctions against the State demonstrates the need to deepen the study and practice of consensus methods of collective dispute resolution, which are necessary, even after filing a lawsuit, for achievement of the substantive right pleaded. Therefore, it is proposed a methodological extension of the object of study of the collective procedural law and, consequently, the development of the so-called *extra-judicial collective process* as an adequate method of controlling public policies through the construction of consensuses among the actors involved in conflicts of public interest.

**Key Words:** Public policies control. Consensus building. Extra-judicial collective process.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2 PROCESSO COLETIVO JUDICIAL E PROCESSO COLETIVO EXTRAJUDICIAL: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA</b> .....	<b>14</b>
2.1 As estratégias de proteção dos direitos coletivos .....	14
2.2 Processo coletivo judicial: ações coletivas no direito brasileiro .....	19
2.3 Processo coletivo extrajudicial: uma perspectiva diferenciada de tratamento de conflitos coletivos .....	24
2.4 A identificação de caminhos que garantam efetividade às soluções de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas: alternativas à judicialização .....	34
<b>3 CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DO PROCESSO COLETIVO JUDICIAL</b> .....	<b>42</b>
3.1. Objeto material de proteção dos processos coletivos e sua correlação com as políticas públicas.....	42
3.2 A incorporação do ciclo das políticas públicas às dimensões da análise e da resolução do conflito.....	50
3.3 O espaço discursivo do processo coletivo judicial em face das complexidades inerentes ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.....	52
3.4 Impasses processuais do cumprimento de sentenças que implicam obrigações de fazer em face do Poder Público sob uma perspectiva comparada.....	61
3.4.1 África do Sul.....	65
3.4.2 Colômbia.....	70
3.4.3 Índia.....	72
3.4.4 Argentina .....	76
3.4.5 Estados Unidos .....	78
3.4.6 Portugal .....	94
3.4.7 Alemanha.....	99
3.5 Análise crítica de conflitos coletivos submetidos à apreciação do Poder Judiciário brasileiro e o experimentalismo judicial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo .....	103
<b>4 CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS EM CONFLITOS COLETIVOS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS</b> .....	<b>112</b>
4.1 Meios adequados de resolução de conflitos coletivos no direito brasileiro .....	112
4.1.1 Breves considerações sobre o conflito .....	112
4.1.2 Atual estágio das previsões normativas sobre os meios adequados de resolução de conflitos coletivos no direito brasileiro .....	116
4.1.3 A necessidade de adequação da técnica à natureza dos conflitos .....	121
4.2 Meios alternativos de resolução de conflitos coletivos no direito norte-americano .....	129
4.2.1 Origens dos Alternative Disputes Resolution (ADRs).....	130
4.2.2 O desenvolvimento dos meios de resolução de conflitos coletivos de interesse público .....	134
4.3 A construção de consensos em conflitos coletivos que envolvem políticas públicas: contribuições da doutrina norte-americana .....	142
4.3.1 A importância da análise do conflito.....	142
4.3.2 O papel do mediador ou facilitador .....	146

<i>4.3.3 A definição da estratégia procedimental</i> .....	151
<i>4.3.4 A busca do consenso</i> .....	154
<i>4.3.5 A implementação do acordo</i> .....	157
<b>5 A CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS EM CONFLITOS COLETIVOS QUE ENVOLVEM POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA PROPOSTA PROCESSUAL EXTRAJUDICIAL</b> .....	161
<b>5.1 A necessidade de se (re)pensar o processo coletivo sob a perspectiva extrajudicial</b> .....	161
<b>5.2 A construção de consensos por meio do processo coletivo extrajudicial</b> .....	166
<b>5.3 O papel das instituições públicas e organizações da sociedade civil que exercem o controle de políticas públicas no Brasil e suas respectivas possibilidades de atuação</b> .....	174
<i>5.3.1 Ministério Público</i> .....	177
<i>5.3.2 Defensoria pública</i> .....	183
<i>5.3.3 Advocacia pública</i> .....	188
<i>5.3.4 Organizações da sociedade civil</i> .....	191
<b>5.4 As recomendações nº 44 e nº 48 do Conselho Nacional do Ministério Público e a mudança de paradigma no controle institucional de políticas públicas de educação e saúde</b> .....	194
<b>6 CONTROLE, CONSENSUALIDADE E PARTICIPAÇÃO: REFLEXOS DA CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS EM POLÍTICAS PÚBLICAS NO APRIMORAMENTO DO REGIME DEMOCRÁTICO</b> .....	201
<b>6.1 A dualidade entre controle e consenso: uma contraposição aparente</b> .....	201
<b>6.2 Meios consensuais de resolução de conflitos coletivos de interesse público e a participação dos interessados</b> .....	206
<b>6.3 A construção de consensos em conflitos coletivos que envolvem políticas públicas e sua contribuição para o fortalecimento da democracia deliberativa</b> .....	213
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	221
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	223

## 1 INTRODUÇÃO

A construção do objeto de estudo do processo coletivo revela-se, historicamente, como um esforço salutar de simplificação da forma de resolução dos conflitos complexos que se verificam na realidade social. Consubstancia-se, assim, em tentativa permanente de transformar a técnica processual em instrumento de tratamento e resolução efetiva de conflitos que, no mundo fático, apresentam-se multifacetários, plurais, dispersos no território, intrincados e, em muitos casos, de difícil solução.

De fato, a natureza complexa dos litígios não deve afastar, por si só, a busca por estratégias diferenciadas de tratamento dos conflitos por parte dos processualistas. Ao contrário, a técnica processual deve se desenvolver e se aprimorar à altura da natureza das controvérsias que lhe são apresentadas, acompanhando a dinâmica de evolução da própria sociedade.

Os principais institutos do processo coletivo judicial – legitimação para agir, causa de pedir, competência e coisa julgada – constituem o produto de um valioso esforço doutrinário e legislativo destinado a garantir e ampliar a proteção de bens jurídicos, dos quais são titulares a sociedade e grupos de indivíduos, que poderiam ser severamente prejudicados pela falta de proteção, pela proteção insuficiente ou pela impossibilidade de se buscar uma tutela individual.

Assim, por opção legislativa, estabeleceu-se, no âmbito do direito brasileiro, um rol de legitimados ativos à propositura de ações coletivas; fixou-se o foro competente para as causas que abarcassem conflitos plurilocais; estabeleceu-se o regramento em relação ao alcance de decisões judiciais que contemplassem conflitos de largo alcance; dentre outras medidas que viabilizaram relevante proteção judicial para as espécies de conflitos coletivos identificados na realidade social, que diferiam dos modelos comumente tratados pelas regras processuais civis tradicionais, destinadas a regular pretensões jurídicas interpessoais.

A evolução da aplicação prática das normas de processo coletivo judicial – conquanto tenha proporcionado significativo progresso em prol da proteção de direitos assegurados pelo ordenamento jurídico em favor de grupos de cidadãos determinados, determináveis ou indeterminados - descortinou lacunas de atuação outrora não antevistas ou, pelo menos, ainda não adequada ou sistematicamente tratadas. Assim, a pesquisa ora apresentada propõe-se a debruçar-se sobre uma dessas lacunas e apresentar possibilidades de desenvolvimento da técnica processual que possam se revelar aptas a enfrentá-la com adequação e efetividade.

Com efeito, parte-se do problema constatado a partir do aprofundamento dos estudos desenvolvidos pela pesquisadora em sua dissertação de Mestrado realizada no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, intitulada “As ações coletivas e os limites democráticos à judicialização de políticas públicas sociais no Brasil”. Na ocasião, discutiram-se as possibilidades de questionamento judicial, por meio das ações coletivas que veiculam pedidos de obrigações de fazer, de políticas públicas que se revelassem omissas ou insuficientes em relação à concretização de direitos sociais coletivos assegurados no art. 6º da Constituição da República de 1988.

Ocorre que, como consequência do interesse acadêmico e profissional da pesquisadora em relação à efetividade das ações coletivas para viabilizar a concretização dos direitos materiais a que visam tutelar, passou-se a analisar mais detidamente a fase de cumprimento das sentenças proferidas naquelas ações coletivas, com vistas a aferir, na prática, os eventuais efeitos transformadores da realidade fática porventura proporcionados.

Dessa forma, partindo-se da análise de julgamentos proferidos por tribunais brasileiros e estrangeiros em ações coletivas que buscavam a satisfação de direitos sociais – notadamente o direito à educação, à saúde, à moradia, à segurança, à proteção à infância e à assistência aos desamparados – buscou-se identificar características em comum que evidenciassem os fatores que contribuíram para o maior ou menor êxito dos autores que veicularam tais ações.

No que concerne especificamente aos conflitos coletivos submetidos à apreciação do Poder Judiciário brasileiro, o percurso percorrido na pesquisa perpassou a análise das normas que disciplinam o cumprimento de sentenças que determinam obrigações de fazer em face do Poder Público, a fim de explorar as efetivas possibilidades de concretização, por meio do processo judicial, do direito material reconhecido na sentença.

O contraponto realizado entre as experiências dos tribunais brasileiros e estrangeiros objetivou demonstrar que, em grande parte, o êxito concreto das pretensões que veiculam obrigações de fazer em face do Poder Público, com vistas à tutela de direitos coletivos, não prescinde da adoção de meios consensuais de resolução de conflitos adequados à natureza das questões discutidas no processo.

Nesse contexto, partindo-se da aferição da necessidade, com base nos julgamentos analisados, de utilização de meios consensuais para garantir a efetividade das decisões, mesmo após o seu trânsito em julgado, passou-se a perscrutar as circunstâncias nas quais tais meios já poderiam ser utilizados, antes mesmo do ajuizamento de ações coletivas, para

resolver as mesmas espécies de conflitos, evitando-se a busca por uma decisão judicial cuja implementação, em última análise, não prescindiria desse mesmo percurso.

Assim, o problema que embasa o desenvolvimento da pesquisa consiste no fato de que a realização do controle judicial de políticas públicas por meio de ações coletivas não tem oferecido, pelas razões que serão adiante demonstradas, respostas satisfatórias à sociedade sob o ponto de vista da efetiva concretização dos direitos materiais pretendidos nessas ações. Como consequência da análise das razões demonstradas, a hipótese suscitada é a de que os meios consensuais de resolução de conflitos coletivos consubstanciam-se em instrumentos eficazes para realizar o controle de políticas públicas e viabilizar o exercício dos direitos coletivos que dependem de tais políticas públicas para a sua realização.

A pesquisa será desenvolvida tendo como marco teórico o método de construção de consenso proposto por Lawrence Susskind e Jeffrey Cruikshank (1987) para a resolução de conflitos coletivos que envolvem entes públicos, notadamente dos conflitos que incidem sobre políticas públicas. Segundo os autores, os meios consensuais de resolução de conflitos que envolvem políticas públicas – dentre os quais se destacam a mediação, a negociação e o processo de *consensus building* – apresentam particularidades inerentes à natureza e à complexidade do conflito, razão pela qual devem seguir métodos que se diferem sensivelmente das técnicas utilizadas em conflitos entre particulares ou entre os conflitos de cunho eminentemente patrimonial e individual entre particulares e o Poder Público.

Susskind e Cruikshank observam, por exemplo, que o perfil assumido pelo mediador ou facilitador em conflitos que envolvem políticas públicas deve ser muito mais participativo do que aquele comportamento esperado dos mediadores que intervêm em conflitos privados. Além disso, o método voltado para a autocomposição do conflito coletivo deve se adaptar à natureza do direito material subjacente, ao número de partes envolvidas, do prazo necessário para a obtenção de informações, da eventual necessidade de aporte de informações técnicas específicas, ao número de fases e sessões necessárias para se chegar ao consenso, dentre outros fatores.

A partir dos estudos de casos compilados pelos mencionados autores, nota-se que o processo de construção de consenso por eles apresentado reflete, de maneira bastante pragmática e efetiva, as possibilidades concretas de se chegar a um acordo a partir de um procedimento que proporcione o debate qualificado, bem informado e transparente sobre as variáveis que fomentam o dissenso. Nesse contexto, vislumbra-se que, em se tratando de políticas públicas, o conhecimento e a análise sobre a suficiência ou não de recursos públicos

financeiros e o prazo necessário para obtê-los revela-se fator primordial, aliado ao procedimento adequado, para o alcance do consenso na maior parte dos conflitos.

A opção pela via extrajudicial será justificada durante o desenvolvimento da pesquisa, notadamente mediante a demonstração dos caminhos processuais já percorridos nos tribunais nacionais e estrangeiros, bem como das características comuns que tornaram alguns padrões decisórios exitosos sob o ponto de vista de seus resultados, passíveis de serem alcançados pela via extrajudicial mediante a utilização dos meios consensuais adequados.

Nesse contexto, propõe-se uma ampliação metodológica do objeto de estudo do processo coletivo para além dos limites das ações coletivas, mediante a demonstração de que os métodos extrajudiciais que visam à construção de consensos em conflitos coletivos podem se revelar valiosos instrumentos em favor de seu tratamento, resolutividade ou redução da conflituosidade, tendo a coletividade como maior beneficiária.

Para tanto, elegeu-se, como foco da pesquisa, os conflitos coletivos que envolvem entes públicos e repercutem diretamente sobre as políticas públicas que determinam a qualidade do efetivo exercício de direitos – notadamente os de natureza social - pela população, haja vista a inerente complexidade e recorrente incidência daquelas espécies de conflitos nos tribunais brasileiros. Além disso, o foco escolhido parte da identificação da insuficiência do atual estágio do tratamento normativo dos meios autocompositivos de resolução de conflitos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual também se busca o avanço nesse aspecto.

O desenvolvimento da pesquisa partirá, assim, da demonstração da distinção entre processo coletivo judicial e processo coletivo extrajudicial, ressaltando-se a importância de se inserir o estudo dos meios consensuais de resolução de conflitos coletivos no âmbito do processo coletivo. Em seguida, demonstrar-se-á a correlação entre o objeto material de proteção dos processos coletivos e as políticas públicas, bem como o modo como vem sendo realizado o controle de políticas públicas no Brasil e em países estrangeiros por meio do processo coletivo judicial, a fim de identificar características comuns que traduzam o êxito ou a ineficácia desse instrumento.

Posteriormente, serão abordados os meios adequados de resolução de conflitos coletivos no direito brasileiro e no direito norte-americano, destacando-se as contribuições que esse último pode proporcionar ao atual estágio do desenvolvimento normativo e doutrinário da matéria no direito brasileiro. Por fim, será apresentada uma proposta processual extrajudicial de construção de consensos em conflitos coletivos que envolvem políticas

públicas no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando-se os papéis que as instituições públicas e organizações da sociedade civil podem desempenhar nesse processo.

Diante da grande relevância que será conferida à dimensão participativa dos atores envolvidos no processo extrajudicial de construção de consenso em políticas públicas, explicitar-se-ão, ao final, os possíveis reflexos desse processo no aprimoramento da democratização das instâncias de decisões públicas no Brasil.

## 2 PROCESSO COLETIVO JUDICIAL E PROCESSO COLETIVO EXTRAJUDICIAL: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

### 2.1 As estratégias de proteção dos direitos coletivos

Nas sociedades contemporâneas, o questionamento sobre as razões que levam os indivíduos a agirem, sozinhos, em defesa de interesses que não são apenas seus conduz a conjecturas e possíveis respostas que perpassam os planos psicológico, social, econômico, jurídico, político, cultural e até religioso. Ainda que se considere estritamente o ramo do conhecimento no qual se insere esta pesquisa – o jurídico – as possíveis razões vão muito além do elemento volitivo do sujeito de direito e da autorização legal expressa para agir em nome ou em favor de outrem. Com efeito, fatores relacionados à estratégia, ao custo, ao impacto e à eficácia da conduta certamente são sopesados no momento da escolha de se agir sob uma perspectiva coletiva, isto é, tendo em vista as suas possíveis repercussões sobre outros indivíduos.

Em 1965, o economista e cientista político Olson Mancur dedicou-se a tratar, em obra intitulada “A lógica da ação coletiva”, das razões pelas quais os indivíduos não agem para alcançar seus objetivos comuns ou coletivos, a não ser que o grupo seja bastante pequeno ou que haja algum tipo de coerção ou fator especial que os faça agir em favor de comum interesse. Para o autor, ainda que todos os indivíduos de um largo grupo sejam racionais e possuam interesses individuais próprios que seriam atingidos caso atuassem em conjunto, ainda assim eles não atuariam voluntariamente para atingir aquele interesse comum ou do grupo. Além disso, esses indivíduos sequer formariam organizações para atingir seus objetivos comuns a não ser que houvesse coerção ou fosse oferecido um incentivo em separado para cada indivíduo, mediante a condição de que ele ajudasse na consecução do objetivo comum<sup>1</sup>. Essa é a lógica que prevalece, segundo o autor, quando interesses econômicos estão envolvidos, embora assevere que suas conclusões são também relevantes para os sociólogos e cientistas políticos.

Em contraponto às posições defendidas por Mancur, a economista Elinor Ostrom, ganhadora do prêmio Nobel no ano de 2009 pelas ideias desenvolvidas na obra “Governando os comuns: a evolução das instituições para a ação coletiva”, apresenta uma perspectiva mais

---

<sup>1</sup> MANCUR, Olson. *The logic of collective action*. Public goods and the theory of groups. Cambridge: Harvard University Press, 1965, p. 1-2.



otimista em relação à possibilidade de atuação conjunta dos indivíduos em favor de benefícios comuns. Baseada em casos concretos nos quais trabalhou, a autora se propõe a responder à questão de como aumentar a capacidade dos indivíduos de agir em favor da obtenção de um resultado coletivo positivo, bem como a compreender como os indivíduos que utilizam conjuntamente de recursos comuns podem estar aptos a atingirem uma forma de governar e administrar seus bens comuns<sup>2</sup>.

Embora seus estudos tenham sido focados em recursos comuns ambientais, Ostrom afirma que grande parte dos recursos naturais e econômicos mundiais hoje estão sujeitos à possibilidade de incorrerem na “tragédia dos comuns”<sup>3</sup> descrita por Garret Hardin. Ostrom afirma que a capacidade dos indivíduos de resolverem dilemas varia de situação para situação e ilustra casos de sucesso e de insucesso de esforços para escapar de trágicos resultados. Entretanto, não adere às concepções de Mancur no sentido de que os indivíduos só conseguem resolver problemas comuns quando há a incidência de uma autoridade externa ou quando tais bens comuns são repartidos em propriedades individuais e, então, aí sim seus proprietários podem defender seus direitos<sup>4</sup>.

Assim, em vez de se basear na ideia de que os indivíduos não podem resolver problemas comuns por conta própria, Ostrom prefere aprender mais a partir da experiência de indivíduos, que produziram ou não resultados coletivos positivos, em diversos campos de atuação. Desse modo, propõe-se a responder: por que alguns esforços para resolver problemas comuns falham enquanto outros têm sucesso? O que se pode aprender das experiências que vão ajudar a estimular o desenvolvimento e o uso de uma teoria mais aprimorada das ações coletivas – uma teoria que possa identificar as variáveis-chave que podem estimular ou desestimular a capacidade dos indivíduos de resolverem problemas comuns?

Ostrom considera instituições bem-sucedidas – sejam públicas ou particulares – aquelas que estimulam os indivíduos a atingirem resultados produtivos em situações nas quais há a tentação de “pegar carona” ou de se esquivar da responsabilidade<sup>5</sup>. Ao apresentar o questionamento em relação aos motivos que levam os indivíduos a cooperarem entre si ou negligenciarem seus recursos comuns, a autora aponta que tais motivos podem estar

---

<sup>2</sup> OSTROM, Elinor. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

<sup>3</sup> A autora faz referência ao texto de Garret Hardin intitulado “A tragédia dos comuns”, publicado na *Revista Science*, v. 162, p. 1243-1248, 13 dez. 1968 que trata sobre a insuficiência dos recursos naturais do planeta para fazer face às necessidades de toda a população. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

<sup>4</sup> OSTROM, *Governing the commons: ...*, 1990, p. 31-33.

<sup>5</sup> OSTROM, *Governing the commons: ...*, 1990, p. 69.

relacionados com fatores internos de determinado grupo. Cogita que os participantes simplesmente não têm a capacidade de se comunicarem uns com os outros, de desenvolverem confiança, ou ainda de terem se apercebido de que deverão compartilhar de um futuro comum. Nesse contexto, reconhece que alguns indivíduos com mais poder econômico ou político tendem a ganhar com essa situação e podem bloquear os esforços que tentem mudar as regras do jogo. Grupos dessa natureza podem precisar de alguma forma de assistência externa para quebrar a lógica perversa de sua situação<sup>6</sup>.

Pode ser, ainda, que as causas estejam relacionadas com fatores externos. Alguns participantes não têm autonomia para mudar suas estruturas institucionais e são impedidos de fazer mudanças construtivas por parte de autoridades externas que são indiferentes às perversidades inerentes ao dilema dos recursos comuns, ou simplesmente permanecem a ganhar com elas. Pode-se considerar, também, que tais grupos sofram os efeitos de sistemas perversos que são o resultado de políticas fixadas por autoridades centrais. Assim, se se partir do pressuposto de que os indivíduos não podem mudar as situações por si mesmos, não haverá interesse em questionar quais fatores internos ou externos podem estimular ou impedir os esforços de grupos de indivíduos de lidarem de maneira criativa e construtiva com seus problemas e conflitos<sup>7</sup>.

Nesse contexto, o conhecimento científico implica, para Ostrom, uma compreensão da diversidade de situações para as quais uma teoria ou seus modelos são relevantes para compreender os seus limites. Pressupõe a análise sobre se as variáveis do mundo real se conformam ao modelo teórico. Propõe-se, pois, a construir uma teoria adequada sobre a possibilidade de um grupo de indivíduos se organizar voluntariamente para reter o produto de seus próprios esforços. Assim, alerta para o fato de que, até que uma explicação teórica e baseada em escolha humana em favor de uma organização autoestruturada seja completamente desenvolvida e aceita, a maior parte das decisões políticas vai continuar a se basear na presunção de que indivíduos não podem se organizar por conta própria e que sempre precisam ser organizados por autoridades externas<sup>8</sup>.

Assim, o esforço de Ostrom se concentra em entender como os indivíduos se organizam e resolvem seus próprios problemas para obter benefícios coletivos em situações nas quais as tentações de “pegar carona” ou de quebrar compromissos são substanciais. Espera, portanto, que suas conclusões possam auxiliar na compreensão de fatores que podem

---

<sup>6</sup> OSTROM, *Governing the commons: ...*, 1990, p. 51.

<sup>7</sup> OSTROM, *Governing the commons: ...*, 1990, p. 52.

<sup>8</sup> OSTROM, *Governing the commons: ...*, 1990, p. 56.

estimular ou desestimular a capacidade dos indivíduos de organizarem ações coletivas relativas aos recursos públicos locais. Afinal, um estudo que se propõe a analisar como os indivíduos evitam caronas, alcançam altos níveis de comprometimento, criam novas instituições e monitoram a conformidade em relação às regras de seus recursos comuns deve contribuir para a compreensão de como os indivíduos resolvem esses problemas cruciais em outros campos também<sup>9</sup>.

Ostrom considera que identificar a forma como uma comunidade de cidadãos pode se auto-organizar para resolver problemas de financiamento institucional, comprometimento e monitoração é ainda um quebra-cabeça teórico. Contudo, baseando-se em suas observações, a autora concluiu que alguns indivíduos resolveram esse quebra-cabeça, enquanto outros não, razão pela qual considera que um estudo de casos de esforços de sucesso e insucesso de resolução de conflitos que envolvem recursos comuns pode fornecer importantes informações para a construção da teoria da ação coletiva e o desenvolvimento de melhores políticas relacionadas aos recursos comuns<sup>10</sup>.

Com o estudo apresentado, Ostrom pretende atingir o objetivo de apresentar um contraponto aos analistas de políticas públicas que nutrem a convicção de que a única forma de resolver questões relacionadas ao uso dos recursos comuns é por meio de autoridades externas que imponham direito de propriedade sobre determinadas partes ou regulação centralizada. Contudo, reconhece que são necessários estudos complementares que possam ajudar a identificar as variáveis que devem ser incluídas em determinadas formas de organização para que possam explicar e prever quando os indivíduos que compartilham recursos comuns (em pequena escala, mas que implicam problemas complexos, incertos e difíceis) são propensos a se auto-organizar e efetivamente governarem seus próprios recursos, e quando eles provavelmente falharão. Esses estudos poderiam apresentar não apenas novos modelos teóricos, mas também, e principalmente, poderiam fornecer uma estrutura que possa direcionar as análises para variáveis importantes a serem consideradas em um trabalho teórico empiricamente respaldado<sup>11</sup>.

Ostrom observa que os modelos previstos por Hardin e Olson não são errados quando se considera um contexto em que os indivíduos não têm confiança entre si, não têm capacidade de se comunicar e de se comprometer com objetivos comuns, bem como de se

---

<sup>9</sup> OSTROM, *Governing the commons: ...*, 1990, p. 57-60.

<sup>10</sup> O termo “recursos de uso comum”, utilizado na obra, refere-se a um sistema de recurso natural ou feito pelo homem, finito, que é suficientemente grande a ponto de ser dispendioso excluir potenciais beneficiários de obter benefícios do seu uso comum.

<sup>11</sup> OSTROM, *Governing the commons: ...*, 1990, p.57.

organizarem para ações de monitoramento e cumprimento. Nesses casos, eles não se utilizarão de estratégias conjuntas a não ser que seja para impor sua própria estratégia. Por outro lado, quando os indivíduos comumente conversam e interagem entre si em determinado espaço, eles aprendem em quem confiar, a identificar o impacto que suas ações terão sobre os outros e como se organizarem para obter benefícios e evitar prejuízos comuns. Assim, eles podem compartilhar normas e padrões de reciprocidade, formando um capital social com o qual eles podem construir arranjos institucionais para resolverem seus problemas comuns<sup>12</sup>.

A retomada das ideias de Ostrom faz-se necessária para compreender o esforço teórico que será desenvolvido ao longo desta pesquisa. Conquanto as referências às “ações coletivas” feitas acima não se refiram, obviamente, a ações judiciais propostas em defesa de interesses coletivos, não se pode desconsiderar que essas últimas de fato se inserem em um contexto maior de ações humanas voltadas à consecução de finalidades coletivas. Afinal, quando ações coletivas – agora referindo-se ao sentido processual judicial do termo – são propostas perante o Poder Judiciário, pressupõe-se que as iniciativas extrajudiciais anteriormente adotadas, pelo legitimado ativo ou por seus representados, visando a alcançar a satisfação do interesse coletivo por meios consensuais, não lograram êxito.

O fato de a legislação brasileira, em seu sistema integrado de tutela dos direitos coletivos, ter atribuído a condição jurídica de legitimado ativo para a propositura de ações coletivas, majoritariamente, a instituições públicas (Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, Distrito Federal e entidades da administração indireta), parece ter resolvido, a princípio, o problema acima explicitado no que se refere às dificuldades de iniciativa e organização de indivíduos para a busca de soluções para conflitos que lhes são comuns. Com efeito, a própria lei, independentemente da manifestação de interesse de cada indivíduo afetado, conferiu a determinados entes a legitimidade ativa, no exercício de suas atribuições funcionais, para agir em juízo em defesa dos supostos interesses dos representados.

A opção legislativa deve ser considerada salutar na medida em que assegura a efetiva tutela judicial de direitos coletivos contemplados pelo ordenamento jurídico, independentemente da capacidade de iniciativa e organização dos indivíduos, grupos ou comunidades afetadas. Contudo, o desafio que se apresenta nesta pesquisa perpassa a análise crítica sobre em que medida a estratégia de ajuizamento de ações coletivas, notadamente em face dos entes públicos, consubstancia – tomando-se por empréstimo as expressões cunhadas

---

<sup>12</sup> OSTROM, *Governing the commons: ...*, 1990, p. 292.

por Ostrom – uma eventual abdicação da possibilidade de exercício do “governo dos comuns”, isto é, da administração compartilhada e consensual de recursos que são comuns a todos os envolvidos; ou em “pegar carona” em soluções fáceis; ou, ainda, em um efetivo e inevitável recurso a ser adotado diante de situações em que apenas a interferência de uma autoridade externa – no caso, o Poder Judiciário – é capaz de ofertar uma solução justa.

## 2.2 Processo coletivo judicial: ações coletivas no direito brasileiro

Embora a Constituição brasileira de 1934 já contemplasse, no plano normativo, a possibilidade de propositura da ação popular, por qualquer cidadão, para pleitear a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público<sup>13</sup> da União, dos Estados ou dos Municípios<sup>14</sup>, verifica-se que, em âmbito doutrinário, as discussões mais sistematizadas surgidas na doutrina brasileira a respeito da proteção processual de direitos coletivos surgiram no final das décadas de 60 e 70 e início da década de 80<sup>15</sup>. Demonstrava-se, nessa época, preocupação com a defesa de direitos que, conquanto se revelassem de extrema importância para a sociedade, ainda não se mostravam suscetíveis de serem demandados perante o Poder Judiciário. Além disso, identificavam-se pequenos danos causados a indivíduos determinados que, sozinhos, jamais buscariam reparação; ou ainda lesões a interesses comuns de determinadas categorias de indivíduos que, se tuteladas coletivamente, poderiam acarretar a redução em relação ao custo do processo e garantir uma proteção uniforme a todos aqueles que se encontravam prejudicados em seu direito pela mesma situação jurídica.

Sob o ponto de vista legislativo infraconstitucional, a construção do sistema processual integrado de tutela coletiva no direito brasileiro iniciou-se com a promulgação da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regulou a então denominada ação popular, destinada a anulação de atos lesivos ao patrimônio público. Mais de uma década depois,

<sup>13</sup> No contexto da classificação dos direitos coletivos, positivada no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, o patrimônio público, por sua indivisibilidade e insuscetibilidade de apropriação por parte de sujeitos determinados, enquadra-se na categoria de direito difuso.

<sup>14</sup> BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934, art. 113, item 38. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>.

<sup>15</sup> Citam-se, exemplificativamente, as seguintes obras e textos: SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968; OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In *Estudos sobre o Amanhã: ano 2000*. Caderno 2. São Paulo, 1978; GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos interesses difusos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 12, 1979; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 139, p. 1-10, 1980; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados “interesses difusos”. In *Temas de direito processual civil: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 110-123, 1988.

entrou em vigor a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que disciplinou a Política Nacional do Meio Ambiente e previu, em seu artigo 14, parágrafo primeiro, a possibilidade de ajuizamento de ação para reparação de danos causados ao meio ambiente. Em seguida, em 24 de julho de 1985, promulgou-se a Lei nº 7.347 que disciplinou a denominada ação civil pública, a qual posteriormente, a partir da nova ordem constitucional, veio a se tornar a principal espécie de ação coletiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 1988, a Constituição da República, além de assegurar a ação popular como garantia constitucional fundamental (art. 5º, LXXIII), instituiu o mandado de segurança coletivo<sup>16</sup> (art. 5º, LXX), o mandado de injunção<sup>17</sup> (art. 5º, LXXI), a ação de impugnação de mandato eletivo<sup>18</sup> (art. 14, §10), recepcionou o dissídio coletivo já disciplinado na Consolidação das Leis do Trabalho<sup>19</sup> (art. 114) e atribuiu a promoção da ação civil pública como uma das principais funções institucionais do Ministério Público<sup>20</sup>, destinada à defesa de interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Como corolário do sistema integrado de tutela de direitos coletivos, entrou em vigor, em 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor – CDC, que se consubstanciou em vanguardista regulamentação da proteção aos direitos materiais do consumidor, complementada com dispositivos processuais (artigos 81 a 104) que vieram a consolidar a formação de um ramo autônomo do direito processual no país<sup>21</sup>.

Em complementação ao conjunto dos instrumentos processuais de defesa do patrimônio público inaugurado por meio da ação popular, destinada a pleitear a anulação de

---

<sup>16</sup> Atualmente regulamentado por meio da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

<sup>17</sup> Atualmente regulamentado por meio da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.

<sup>18</sup> A ação de impugnação de mandato eletivo visa a proteger o direito difuso à lisura do processo eleitoral e pode apresentar como causas de pedir a configuração de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude.

<sup>19</sup> O dissídio coletivo está disciplinado nos artigos 856 a 875 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943).

<sup>20</sup> A independência funcional conferida ao Ministério Público pela Constituição da República de 1988 (art. 127, §1º) contribuiu significativamente para que a ação civil pública viesse a se tornar o principal instrumento de tutela coletiva no direito brasileiro.

<sup>21</sup> Segundo Gregório Assagra de Almeida, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou o direito processual coletivo comum como um novo ramo do direito processual, sobretudo em razão de três dispositivos fundamentais: art. 1º, que instituiu o Estado Democrático de Direito; art. 5º, XXXV, que contemplou o princípio da inafastabilidade das decisões judiciais; art. 129, III, que estabeleceu o princípio da não-taxatividade da ação coletiva. O autor divide o estudo do direito processual coletivo em comum ou especial, a depender do seu objeto. O direito processual coletivo especial destina-se à tutela jurisdicional do direito objetivo, sendo, portanto, integrado pelos instrumentos processuais que realizam o controle abstrato de constitucionalidade das leis. O direito processual coletivo comum destina-se à tutela jurisdicional do direito coletivo subjetivo em sentido amplo, sendo voltado à resolução de lides coletivas decorrentes dos conflitos coletivos que ocorrem no plano da concretude (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 140-141 e 270).

atos lesivos ao patrimônio público, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, instituiu a ação de responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa que, por se destinar a tutelar o interesse difuso à boa gestão do patrimônio público, também veio a se somar ao rol das ações coletivas até então previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Nos anos seguintes, promulgaram-se outras leis específicas, que vieram a, respectivamente, complementar e regulamentar as previsões já contidas na Lei nº 7.347/85 e na Constituição da República de 1988, estabelecendo a possibilidade de propositura da ação civil pública para a defesa de quaisquer interesses difusos e coletivos. Dentre tais normas, citam-se as seguintes: Lei nº 8.069, de 2 de junho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA); Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei de Prevenção e Repressão às Infrações Contra a Ordem Econômica); Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996<sup>22</sup>; Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso); Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006<sup>23</sup> (Lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher); Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), dentre outras.

Analisando-se essa breve retrospectiva legislativa, constata-se que, à exceção das ações voltadas para a responsabilização por danos ao consumidor, ao meio ambiente e à ordem econômica, o Poder Público apresenta-se, tendo em vista as matérias que constituem o objeto material de proteção do direito processual coletivo, como potencial integrante do polo passivo de grande parte das ações que visam a tutelar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos setoriais. Com efeito, os direitos materiais coletivos assegurados por meio das normas acima citadas comumente implicam a necessidade de cumprimento de obrigações de fazer por parte dos Municípios, Estados e União, traduzindo-se nas denominadas prestações positivas estatais, decorrentes, em especial, da consagração da proteção aos direitos sociais nas Constituições dos Estados modernos<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo.

<sup>23</sup> Art. 37. A defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos nesta Lei poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil. Parágrafo único. O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz quando entender que não há outra entidade com representatividade adequada para o ajuizamento da demanda coletiva.

<sup>24</sup> Embora os direitos sociais sejam apontados por Bobbio, em (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 35), como aqueles que demandam dispêndio de recursos públicos por parte do Poder Público, não se pode deixar de reconhecer que a proteção dos denominados direitos de liberdade, dentre os quais se inclui a proteção da propriedade, também implica significativo dispêndio de recursos por parte do Estado, sobretudo mediante as ações necessárias para promover a segurança pública e o funcionamento do correspondente aparato estatal que a assegura.

Nesse contexto, impõe-se destacar a significativa distinção, no que se refere ao grau de complexidade – tanto em relação ao aspecto processual quanto aos fundamentos teóricos que legitimam a utilização – quando se trata das ações coletivas ajuizadas em face dos particulares e das ações coletivas ajuizadas em face dos entes públicos. No caso dessas últimas, as discussões teóricas perpassam sobretudo as implicações das decisões judiciais sobre o postulado da separação dos Poderes da República e sobre os princípios da democracia representativa. Mas a principal justificativa para a afirmada distinção reside justamente em um dos aspectos menos problematizados, sob o ponto de vista doutrinário, do direito processual coletivo: a execução das sentenças que impõem obrigações de fazer ao Poder Público.

Tendo em vista as normas que disciplinam o cumprimento das obrigações de fazer no ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que os conteúdos dos dispositivos que tratam dos processos que tutelam direitos individuais (artigo 536 do CPC/15<sup>25</sup>) e dos processos que tutelam direitos coletivos (artigo 84 do CDC/90<sup>26</sup>) são praticamente coincidentes. Quando se tem em vista a presença de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado no polo passivo das ações coletivas, não se vislumbra, de fato, a necessidade de regramento diferenciado para o cumprimento das decisões judiciais que lhes imponham obrigações de fazer. Em última análise, caso o sujeito passivo recuse o cumprimento específico da obrigação, incidirá a multa fixada pelo descumprimento e será determinada a execução do resultado prático correspondente, à custa do devedor. Tanto na hipótese de incidência de multa quanto na de determinação de execução do resultado prático correspondente, depender-se-á da utilização de recursos financeiros do devedor, os quais lhes serão expropriados, no momento oportuno, segundo o rito da execução por quantia certa (artigo 824 e seguintes do CPC/15). Caso o sujeito passivo seja ente público, o valor porventura devido em decorrência da execução específica da obrigação ou do valor da multa poderá ser obtido por meio do procedimento

---

<sup>25</sup> Art. 536 do CPC/15: No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

<sup>26</sup> Art. 84 do CDC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (...) § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.



especial de execução da obrigação de pagar quantia em face da Fazenda Pública (artigo 534 e seguintes do CPC/15).

Sob um ponto de vista ainda mais pragmático, não se pode desconsiderar os possíveis efeitos das medidas coercitivas<sup>27</sup> porventura aplicadas pelo Poder Judiciário para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Verifica-se que uma das medidas mais eficientes, na prática, é o bloqueio de bens, sobretudo de quantias em dinheiro depositadas em instituições financeiras. Ocorre que essa medida drástica, conquanto seja rotineiramente aplicada em face de particulares, não se reveste da mesma simplicidade quando adotada em face de entes públicos, haja vista a gama indeterminada de pessoas que poderá ser severamente prejudicada em decorrência de tal medida<sup>28</sup>, em grau de gravidade ainda maior do que aquele ocasionado pela situação que a decisão judicial buscou solucionar.

A apresentação de alternativa adequada e eficaz ao problema ora suscitado revela-se de tal modo complexa que até mesmo o Projeto de Lei nº 8.508/2014<sup>29</sup>, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, que se propõe a tratar especificamente sobre o controle judicial de políticas públicas<sup>30</sup> por meio de ações coletivas, não apresentou, até o momento, solução diversa daquela já prevista na legislação processual civil<sup>31</sup>. Mais adiante, no decorrer da pesquisa, apresentar-se-ão as soluções processuais desenvolvidas por alguns sistemas jurídicos estrangeiros para a execução de sentenças de obrigações de fazer em face do Poder

<sup>27</sup> Dispõe o art. 139, IV, do CPC/15: Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogoratórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

<sup>28</sup> Exemplifica-se com a possibilidade de que, em decorrência do inadimplemento do Poder Público em relação ao fornecimento de tratamento de alto custo para determinado paciente, o Poder Judiciário determine o bloqueio de dinheiro nas contas públicas para viabilizar a efetiva prestação do tratamento. Ocorre que a falta de tal montante poderá justamente repercutir na continuidade do tratamento de saúde de vários outros pacientes que, igualmente, encontram-se em estado grave e dependem da rede pública de prestação de serviços para a sua sobrevivência.

<sup>29</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014)>. Acesso em: 5 abr. 2018.

<sup>30</sup> Cumpre-se observar que o referido projeto de lei não cuidou de explicitar o conteúdo da expressão “controle judicial de políticas públicas”, contudo, é possível depreender de seus dispositivos que o projeto pretende regular as formas por meio das quais o Poder Judiciário poderá intervir nas escolhas governamentais que repercutem sobre direitos coletivos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. O comando judicial emergente de tais ações consubstancia-se em obrigações de fazer em face do Poder Público, as quais poderão ser, a teor do que prevê o art. 18, “abertas e flexíveis”.

<sup>31</sup> Dispõe o art. 21 do referido projeto de lei: Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão de antecipação de tutela, o juiz poderá aplicar as medidas coercitivas previstas no Código de Processo Civil, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas aos crimes de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

Público. Por ora, cumpre-se explicitar as razões pelas quais se optou pela via extrajudicial, como resposta ao problema que constitui objeto da pesquisa, em vez de se percorrer, *prima facie*, a via do cumprimento compulsório de determinações judiciais.

### 2.3 Processo coletivo extrajudicial: uma perspectiva diferenciada de tratamento de conflitos coletivos

A doutrina do direito processual coletivo brasileiro se formou e se desenvolveu debruçada sobre as ações coletivas<sup>32</sup>. Tal afirmação, no atual estágio das discussões doutrinárias, parece de uma obviedade tautológica. Contudo, ao contrário de dizer o óbvio, pretende-se, em verdade, apontar uma insuficiência de concepção metodológica sobre o alcance do modelo processual coletivo, cuja compreensão estava limitada, em seus primórdios, ao espaço discursivo do processo judicial<sup>33</sup>.

Conquanto atualmente se tenha ampla aceitação, entre os operadores do direito, de que a noção de *processo*<sup>34</sup> não se confunde com o procedimento que tramita perante o Poder Judiciário ou com os autos do processo (físicos ou digitais) originados a partir da distribuição de uma petição inicial, verifica-se que frequentemente o estudo do “processo civil” ou do “processo coletivo” é confundido com o primeiro, isto é, com o procedimento que tramita perante o Poder Judiciário.

Em verdade, em suas Instituições de Direito Processual Civil, Frederico Marques chegou a afirmar que “o processo é privativo da função jurisdicional” e que “constitui erro

---

<sup>32</sup> Em conferência proferida pela professora Ada Pellegrini Grinover em sessão solene do E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, no Dia da Justiça (8 de dezembro de 1983), observou-se que “onde a tutela dos interesses difusos se torna mais relevante é no plano processual. Não somente porque é o processo, como instrumento de atuação de certas fórmulas constitucionais, que viabiliza a sua garantia, transformando o “direito declarado” em “direito assegurado”; mas ainda porque, tratando-se de interesses difusos, o próprio processo se apresenta em um novo enfoque, desafiando a argúcia e a criatividade do processualista (...). Assim como se modifica o conceito de processo, muda o de ação, a qual se transforma em meio de participação política, numa noção aberta de ordenamento jurídico, em contraposição à fechada rigidez que deriva das situações substanciais tradicionais”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências na tutela jurisdicional dos direitos difusos*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 79, p. 283-307, 1984, p. 288-289. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016/69626>>). Acesso em: 11 mar. 2017.

<sup>33</sup> Em artigo específico destinado a analisar a forma de proteção aos interesses coletivos à época, afirmou BARBOSA MOREIRA: “Proteção jurídica dos interesses coletivos, se quer dizer alguma coisa, quer necessariamente dizer proteção judicial de tais interesses”. *Revista de ...*, 1980, p. 4.

<sup>34</sup> É preciso ressaltar que o termo *processo* é aqui utilizado em sua acepção jurídica. Com efeito, conforme lembra Aroldo Plínio Gonçalves, o termo processo é muito rico em acepções, pois é empregado na linguagem comum, na linguagem científica, na linguagem filosófica e na linguagem jurídica, com uma variedade tão grande de sentidos que, quando se pretende dar-lhe uma conotação específica, é conveniente determinar a acepção em que é utilizado. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 49).

metodológico, por isso mesmo, falar-se em processo administrativo, pois o que existe é o procedimento administrativo”<sup>35</sup>.

Em sua obra intitulada *Técnica Processual e Teoria do Processo*, Aroldo Plínio Gonçalves faz uma análise, em retrospectiva, da evolução histórica do direito processual. Afirma que a ciência do direito processual teve, como qualquer ciência, sua fase de construção, que lhe permitiu desenvolver suas técnicas para investigar seu objeto, o qual, segundo o autor, é constituído pelas normas que organizam e disciplinam a própria técnica da aplicação do Direito pelo Estado, *por meio dos órgãos da jurisdição*<sup>36</sup>.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco reconhecem, em obra conjunta, que, embora o conceito de processo transcenda ao direito processual, o objeto de estudo deste último é “o instrumento através do qual a jurisdição opera”<sup>37</sup>. Mais recentemente, Luiz Guilherme Marinoni adota o entendimento de que “o processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional”<sup>38</sup>.

Embora Alexandre Freitas Câmara ressalve expressamente que o conceito de processo não seja exclusivo do direito processual – ao fundamento de que há processos em outras áreas da atividade estatal diversa da jurisdição, como os processos administrativos e o processo legislativo – o autor restringe o objeto de estudo da ciência processual ao processo jurisdicional<sup>39</sup>.

Transpondo-se para os instrumentos de defesa de direitos coletivos, verifica-se que, para Fredie Didier e Hermes Zanetti, processo coletivo é “aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas”<sup>40</sup> e, por seu turno, ação coletiva é a “demanda que dá

---

<sup>35</sup> MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 61-62.

<sup>36</sup> GONÇALVES, *Técnica processual...*, 2012, p. 38.

<sup>37</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 297-298.

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 404.

<sup>39</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1, p. 143.

<sup>40</sup> DIDIER, Fredie; ZANETTI, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 32.

origem a um processo coletivo, pela qual se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva exigida para a tutela de grupo de pessoas”<sup>41</sup>.

Ricardo de Barros Leonel associa a origem histórica do processo coletivo brasileiro à instituição da ação popular<sup>42</sup> e, de acordo com Gregório Assagra de Almeida, o objeto formal do direito processual coletivo “constitui-se no conjunto de princípios e regras processuais que disciplinam a ação coletiva, o processo coletivo, a defesa no processo coletivo, a jurisdição coletiva e a coisa julgada coletiva”<sup>43</sup>. Para Teori Albino Zavascki, por seu turno, o estudo do processo coletivo engloba as ações destinadas à tutela de direitos transindividuais (ação civil pública e ação popular), à tutela coletiva de direitos individuais (ações coletivas e mandado de segurança coletivo) e à tutela da ordem jurídica (ações de controle de constitucionalidade)<sup>44</sup>.

Assim, verifica-se que as correntes concepções, na doutrina brasileira, de “ciência processual” e de “processo coletivo” estão invariavelmente restritas à ideia de instrumento de tutela de direitos *em juízo*.

Entretanto, conforme afirma José dos Santos Carvalho Filho, o que é instrumento da função jurisdicional é sim o processo judicial, o que não exclui, entretanto, a existência de outras categorias de processo. O autor defende que a subcategorização do processo deve fundar-se na natureza da função estatal básica que nele é exercida, tal como o processo legislativo, que tem por escopo a promulgação da lei, e o processo administrativo, que visa à prática de um ato final pela Administração Pública<sup>45</sup>.

Em verdade, segundo assevera Elio Fazzalari, o emprego dos processos fora da jurisdição não é sem significado, uma vez que o modelo processual – caracterizado pela participação dos interessados, em contraditório, até a formação do ato final – é usado sempre que a atividade a ser desenvolvida deva lidar com interesses em contraste<sup>46</sup>. Assim, Fazzalari conceitua o processo como o procedimento<sup>47</sup> do qual participam aqueles em cuja esfera

---

<sup>41</sup> DIDIER; ZANETI, *Curso de direito...*, 2017, p. 34.

<sup>42</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002, p. 52.

<sup>43</sup> ALMEIDA, *Direito processual ...*, 2003, p. 25.

<sup>44</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

<sup>45</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 800.

<sup>46</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 37.

<sup>47</sup> Nesse contexto, o procedimento se apresenta como uma sequência de atos, faculdades, poderes e deveres, previstos e valorados pelas normas que os regulam, até a realização de um ato final, frequentemente um provimento. FAZZALARI, *Instituições de direito ...*, 2006, p. 113.

jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos, mediante o exercício do contraditório e a simétrica paridade de posições<sup>48</sup>.

Candido Dinamarco, baseando-se nos ensinamentos de Elio Fazzalari, coaduna com o entendimento de que processo é todo procedimento realizado em contraditório e ressalta que essa concepção tem o mérito de permitir que se rompa com o vício metodológico consistente em confinar o instituto dentro os limites do instrumento da jurisdição, permitindo a abertura do conceito até mesmo para fora da área estatal<sup>49</sup>.

Da mesma forma, Rosemiro Pereira Leal afirma que qualquer teoria do processo só é concebível como organização de ideias explicativas do *processo* atinentes aos seus princípios e institutos integrativos (contraditório, ampla defesa e isonomia), não se incluindo aí a jurisdição como atividade do Estado-juiz. Para o autor, a expressão *processo jurisdicional* só pode ser inteiramente compreendida como instituição constitucionalizada que coloque as atividades de reconhecer direitos sob os comandos principiológicos do *processo*. Leal afirma que não existe, assim, *processo jurisdicional* por inerência à atividade do juiz ou do decisor, mas deve, entretanto, existir a *jurisdição processualizada* em que a judicção há de ser exercida sob o comando do processo. Segundo essa perspectiva, Leal afirma que são superadas as conotações envelhecidas de que o *processo* seria um fenômeno provocado pelo exercício da jurisdição como veículo de surgimento de situações jurídicas exclusivamente no âmbito do Poder Judiciário<sup>50</sup>.

Com efeito, à luz da ordem constitucional vigente - que contempla a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, da Constituição da República de 1988), e a conseqüente imposição de meios processuais que se revelem aptos a viabilizar o exercício imediato, ou mais rápido possível, desses direitos - não devem perdurar dúvidas, no atual estágio da ciência processual, de que o enfoque dos institutos e técnicas processuais deve ser a efetiva solução dos conflitos, dentro ou fora do Poder Judiciário.

Aliás, já no ano de 1988, tendo em perspectiva diversos ordenamentos jurídicos internacionais, Mauro Cappelletti e Bryant Garth já observavam que “o enfoque sobre o

---

<sup>48</sup> FAZZALARI, *Instituições de direito ...*, 2006, p. 118-119.

<sup>49</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 156.

<sup>50</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. Primeiros estudos. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p. 107-108.

acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do processo civil moderno”<sup>51</sup>. Na mesma ocasião, advertiram, ainda, os autores:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e, ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística<sup>52</sup>.

Onofre Alves Batista Júnior também constata que, no Estado Democrático de Direito, inerentemente pluralista, verifica-se certo desapontamento com a operatividade prática que as soluções jurisdicionais oferecem, razão pela qual se reforça a necessidade de buscar soluções pré-contenciosas, sobretudo consensuais. Para tanto, o autor defende a necessária transferência da solução dos conflitos para o momento em que eles se manifestam, mediante o mecanismo de abertura da possibilidade de participação dos administrados no *iter decisório*<sup>53</sup>.

Ada Pellegrini Grinover, em recente trabalho intitulado *Ensaio sobre a Processualidade*, demonstra a evolução de seu pensamento científico no sentido de afirmar que a processualidade compreende a jurisdição, mas não se esgota nela.<sup>54</sup> Assim, a autora busca demonstrar a superação do conceito clássico de jurisdição para passar à compreensão de que jurisdição compreende não apenas a justiça estatal, prestada pelo Poder Judiciário, mas também a justiça arbitral e a justiça consensual<sup>55</sup>. Nesse sentido, a jurisdição, na atualidade, não deve mais ser compreendida como poder, e sim como função, atividade e garantia de acesso à justiça, estatal ou não<sup>56</sup>.

Sob a ótica do direito positivo brasileiro, verifica-se que o objeto do direito processual também já se ampliou para além dos limites da atuação jurisdicional propriamente

<sup>51</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 11.

<sup>52</sup> CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 12-13.

<sup>53</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 190-191.

<sup>54</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 20.

<sup>55</sup> GRINOVER, *Ensaio sobre...*, 2016, p. 18.

<sup>56</sup> GRINOVER, *Ensaio sobre...*, 2016, p. 20.

dita. Citem-se, por exemplo, o *processo arbitral*, voltado para a solução de direitos patrimoniais disponíveis, regulamentado pela Lei nº 9.306/96, e o *processo de mediação*<sup>57</sup>, instrumento de solução de controvérsias entre particulares e no âmbito da Administração Pública, regulamentado pela Lei nº 13.140/15.

Assim, à luz das ideias acima expostas, impõe-se reconhecer que, em verdade, o objeto do estudo do direito processual *ainda* está em construção. A evolução dos meios de tratamento e resolução dos conflitos, para além das fronteiras do Poder Judiciário, impõe essa revisão metodológica. Afinal, “a ciência é um processo em permanente e contínuo desenvolvimento e não um conjunto de conhecimentos cristalizados e imobilizados no tempo”<sup>58</sup>, de modo que “as transformações no mundo humano são permanentes e é a realidade humana que exige seu progresso”<sup>59</sup>.

Carrie Menkel-Meadow registra que novas formas de processos legais, inspirados em seus resultados práticos e nas modernas concepções de democracia deliberativa, vêm sendo desenvolvidos para além das fronteiras da litigância judicial convencional, com o objetivo de serem utilizados tanto nas esferas públicas quanto privadas<sup>60</sup>.

De acordo com a observação de Rodolfo de Camargo Mancuso, a espera por uma decisão judicial de mérito está gradualmente perdendo terreno, por não se mostrar adaptada às prementes e novas necessidades emergentes em uma sociedade de risco, massificada e globalizada, caracterizada pela velocidade dos acontecimentos e pela pressão de novos interesses de espectro sócio-político-econômico. Tais fatores, afirma o autor, clamam por um modo renovado de resolução de conflitos, de perfil consensual, menos impactante, mais célere, desburocratizado e tendencialmente duradouro, haja vista que a composição é alcançada mediante a participação dos interessados, sem imposições coercitivas<sup>61</sup>. Sob esse viés, conclama o mencionado autor:

Sob o ideário de uma sociedade pluralista, instalada numa democracia participativa, cabe hoje consentir e incentivar o concurso de outros meios, agentes, órgãos e instâncias capazes de recepcionar e resolver larga parcela de controvérsias e de

<sup>57</sup> Apesar de a Lei nº 13.140/15 referir-se a *procedimento* de mediação em sua Seção III do Capítulo 1, também utiliza a nomenclatura, em seu art. 40, ao tratar dos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas autarquias e fundações, de *processo de composição extrajudicial de conflito*.

<sup>58</sup> GONÇALVES, *Técnica processual* ..., 2012, p. 167.

<sup>59</sup> GONÇALVES, *Técnica processual* ..., 2012, p. 167.

<sup>60</sup> MENKEL-MEADOW, Carrie. When litigation is not the only way: consensus building and mediation as public interest lawyering. *Journal of Law and Policy*, Washington University, v. 10, n. 37, p. 37-61, 2002, p. 41.

<sup>61</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito (nota introdutória). *Revista dos Tribunais*, v. 888, p. 9-36, out. 2009.

ocorrências, dando-lhes solução tecnicamente consistente, a baixo custo e em tempo reduzido, com o que só terá a ganhar a função judicial do Estado<sup>62</sup>.

De fato, a percepção da necessidade de se buscar a tutela adequada para cada tipo de conflito colocou sob novas perspectivas a arbitragem, a mediação e a conciliação, processos os quais passaram de meios sucedâneos, equivalentes ou meramente alternativos à jurisdição estatal para o patamar de instrumentos mais adequados de solução de determinados conflitos. Não é por outro motivo que Ada Pellegrini Grinover afirma que a leitura atual do princípio constitucional de acesso à justiça abrange a justiça arbitral e a *justiça consensual*<sup>63</sup>, as quais estão incluídas no espectro da política judiciária e são consideradas espécies de exercício jurisdicional<sup>64</sup>.

Aliás, já na primeira edição de sua obra *Instituições de Direito Processual*, publicada em 1975, Elio Fazzalari já observava que a sua era assistia à difusão do processo em todos os setores<sup>65</sup> do ordenamento e que, no futuro, se faria sentir mais ainda a sua necessidade, razão pela qual se imporia à doutrina o dever de aprofundar e aperfeiçoar os modelos processuais existentes<sup>66</sup>.

Na concepção sociológica de Niklas Luhmann, os procedimentos juridicamente organizados fazem parte dos atributos mais extraordinários do sistema político das sociedades modernas<sup>67</sup>, uma vez que determinam o método por meio do qual são tomadas as decisões pelas autoridades públicas, tais como juízes, parlamentares ou administradores. Nesse contexto, os processos – os quais constituem espécies do gênero procedimento – se traduzem em fundamental ferramenta para a redução de complexidades dos diversos sistemas sociais<sup>68</sup>. Embora a análise do autor restrinja-se aos processos judiciais, legislativos e administrativos, é possível extrair, na primeira parte da obra citada, a elaboração de uma teoria geral do

---

<sup>62</sup> MANCUSO, A resolução dos conflitos..., 2009, p. 35.

<sup>63</sup> Prevê o art. 165 do CPC/15: “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”.

<sup>64</sup> GRINOVER, *Ensaio sobre...*, 2016, p. 62.

<sup>65</sup> A mencionada obra é dividida em cinco partes: a primeira, destinada à teoria geral dos processos em geral; a segunda, aos processos jurisdicionais; a terceira, aos processos arbitrais; a quarta, aos processos de jurisdição voluntária; e a quinta, aos processos legislativos e administrativos. Na presente pesquisa, identifica-se a necessidade de desenvolvimento de mais uma tipologia processual: os processos extrajudiciais de resolução consensual de conflitos.

<sup>66</sup> FAZZALARI, *Instituições de direito ...*, 2006, p. 40-41.

<sup>67</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 17.

<sup>68</sup> LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, 1980, p. 168.



processo<sup>69</sup>, na qual se afirma que a dogmática jurídica tradicional apresenta, em substância, três conceitos básicos a partir dos quais se constrói a sua teoria processual: ação, situação jurídica e relação jurídica. Entretanto, de acordo com Luhmann, nenhum desses conceitos básicos seria suficiente para uma teoria jurídico-sociológica do procedimento, pois, no desenvolvimento das mais modernas teorias sociológicas, às quais se deve também ligar a sociologia do direito, referidos conceitos já estão abrangidos ou assimilados pelo conceito de sistema social. Assim, o procedimento, defende o autor, também pode ser compreendido como um sistema social de ação, e, como tal, não pode ser considerado como uma sequência fixa de ações determinadas<sup>70</sup>.

Daí decorre que a ideia de legitimação pelo procedimento não é justificada exclusivamente pela observância dos regulamentos jurídicos processuais, mas em virtude do que o autor denomina de *transformação estrutural da expectativa*, realizada por meio de um *processo efetivo de comunicação* que ocorra em conformidade com os regulamentos jurídicos. Segundo essa concepção, a legitimação decorreria de acontecimentos reais e não de relações mentais normativas<sup>71</sup>. Trata-se, portanto, de uma concepção procedimental que não prescinde da consideração de dados empíricos.

Na opinião do autor, um procedimento constituiria, entre os outros papéis sociais, uma estrutura separada, com relativa autonomia, em que seria acionada uma comunicação com o objetivo de decisão certa<sup>72</sup>. Todavia, reconhece-se que, mesmo sob essa perspectiva sociológica, continua muito problemático identificar como é que se poderá garantir a verdade no sentido da solução correta e totalmente convincente dos problemas de decisão<sup>73</sup>. De fato, admite-se que, por meio do livre estabelecimento da comunicação, não se pode alcançar nenhum objetivo<sup>74</sup>. São necessários, portanto, *processos* que sejam conduzidos mediante o estabelecimento da comunicação necessária à garantia da legitimidade de seu resultado final, seja por meio de uma decisão imposta ou consensualmente deliberada.

Ao tratar sobre os fatores que caracterizam determinada atividade como método de resolução consensual de conflito, Raul Calvo Soler destaca que, além da necessidade de prévia existência de um conflito, faz-se imprescindível a presença de um *processo* e o

---

<sup>69</sup> O próprio autor alude que o capítulo terceiro da primeira parte da obra representa a esquematização de sua teoria geral do processo. LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, 1980, p. 149.

<sup>70</sup> LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, 1980, p. 36.

<sup>71</sup> LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, 1980, p. 35.

<sup>72</sup> LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, 1980, p. 23.

<sup>73</sup> LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, 1980, p. 23.

<sup>74</sup> LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, 1980, p. 27.

objetivo de se buscar um acordo entre as partes. Assim, sintetiza o autor que, nos casos em que um *processo* seja desenhado com o objetivo de se conseguir um acordo entre as partes, trata-se de um *método de resolução consensual de conflito*<sup>75</sup>.

Confrontando-se a noção de processo com a de procedimento, concebe-se, à luz das reflexões acima expostas, que esse último apresenta-se como meio para a realização do primeiro. Assim, a ideia de processo implica objetivo ou fim a ser alcançado, trazendo em si um aspecto teleológico de método de solução de conflito. Por seu turno, a ideia de procedimento, aqui empregada, traduz a sequência ordenada dos atos e atividades produzidos para a consecução dos objetivos ou fins do processo<sup>76</sup>.

Nesse contexto, com a denominação processo coletivo extrajudicial pretende-se referir, no presente trabalho, à sequência de atos e atividades praticados por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos e agentes públicos, entes despersonalizados ou grupos de indivíduos cuja esfera jurídica é atingida por um conflito de interesses de natureza coletiva, e que se dispõem a, voluntária e procedimentalmente, participar da construção de uma solução consensual consentânea com o ordenamento jurídico e que atenda, de forma provisória ou definitiva, na maior medida possível, todos os interesses envolvidos.

Quando se cuidou acima da noção de processo, exemplificou-se com a existência dos processos judicial, administrativo e legislativo, os quais têm em comum a presença de um órgão ou ente estatal. Contudo, além de se afirmar aqui que a denominação de *processo* não se aplica somente aos procedimentos que tramitam perante o Poder Judiciário, pretende-se demonstrar que a presença de órgãos ou entes estatais não se consubstancia em condição de existência, validade ou eficácia do processo coletivo extrajudicial. Em verdade, notar-se-á que o alcance do consenso para o conflito coletivo – objetivo final da proposta processual apresentada – também poderá ser obtido, de forma legítima e democrática, nos conflitos em

---

<sup>75</sup> SOLER, Raul Calvo. Aspectos básicos de los procesos negociales. In ZORRILLA, David Martinez; SOLER, Raul Calvo. *Introducción a la argumentación y a la negociación*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2009, p. 16-17.

<sup>76</sup> Onofre Alves Batista Júnior esclarece que, sob o ponto de vista da Administração Pública, o *procedimento* administrativo regula, em regras mais ou menos detalhadas, a tomada de decisões unilaterais, como estabelece comportamentos administrativos que antecedem a elaboração de contratos, assim como determina as formalidades a seguir em atuações administrativas de caráter técnico, sendo aplicável, portanto, a qualquer decisão administrativa, que pode ser ato da Administração, a celebração de contrato ou a produção de norma. Afirma, ainda, que a disciplina do procedimento administrativo possibilita a audição e a participação institucionalizada do administrado, além de favorecer o controle e a legitimidade da atividade administrativa. Contudo, o autor ressalta que, conquanto a participação do administrado reforce a legitimidade das decisões administrativas, a ideia de legitimidade não se confunde com a aceitação pelos participantes, uma vez que a participação do administrado no *procedimento* administrativo não lhe atribui sempre um poder de *co-decisão*. (BATISTA JÚNIOR, *Transações administrativas*, 2007, p. 188-189). Nesta pesquisa, concebe-se a ideia de processo – e não de procedimento – por sua acepção de método de solução consensual de conflito e que, portanto, pressupõe o poder de co-decisão de todos os envolvidos, inclusive da Administração Pública.

que estejam envolvidos apenas cidadãos e pessoas jurídicas de direito privado, tais como associações, fundações e sociedades, caso as repercussões do dissenso somente se restrinjam de fato a esses atores.

Assim, ampliando-se a noção de processo para desvinculá-la da exclusividade do exercício de uma função estatal – e associá-la, no âmbito jurídico, a método de solução de conflitos de interesses –, afirma-se que a subcategorização do processo deve estar relacionada não só às formas de realização das atividades estatais como também de exercício da cidadania. Nesse último caso, cumpre-se reconhecer que o cidadão, sujeito de direitos, ainda que não se valha de uma atividade estatal direta para solucionar seus litígios, poderá atuar em conformidade com os processos e métodos autorizados pelo ordenamento jurídico para a consecução dessa mesma finalidade.

Para os fins do presente estudo, concebe-se o processo, assim, como o conjunto articulado de atos e atividades praticados por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos e agentes públicos, entes despersonalizados ou grupos de indivíduos, observando-se os princípios do contraditório, da ampla defesa, da legalidade, da isonomia e da participação, com o objetivo de solucionar conflitos e, assim, garantir o efetivo exercício de direitos.

Conforme exposto no item anterior, um dos maiores desafios da teoria e da prática do processo coletivo atual é a apresentação de respostas adequadas para lidar com os conflitos que envolvem pretensões coletivas relacionadas a prestações positivas estatais. Dentre os questionamentos que se impõem, mencionam-se, exemplificativamente, o aspecto da natureza da representação exercida pelos legitimados ativos - que perpassa os questionamentos sobre a legitimidade democrática de tais atores para atuarem como porta voz de uma coletividade que não chegou a ser consultada; a adequação do espaço discursivo do processo judicial para analisar questões complexas e multifacetárias; os limites da adstrição da sentença ao pedido formulado; as dificuldades inerentes à execução de obrigação de fazer complexas em face do Poder Público e, por fim, os impactos indesejáveis que o cumprimento estrito do comando judicial poderá acarretar.

Nesse contexto, identifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não cuidou adequadamente do tratamento processual dos conflitos que deveria anteceder o ajuizamento de ação coletivas que pretendem implementar ou interferir em prestações positivas estatais e, dessa forma, viabilizar uma possível solução consensual. Assim, a opção desta pesquisa, conforme se demonstrará a seguir, concentra-se no desenvolvimento do aludido tratamento, o qual consubstancia o objeto de estudo a que se passa a denominar de *processo coletivo extrajudicial*.

Poder-se-ia questionar, de plano, qual seria a formalidade de que se revestiria o processo coletivo extrajudicial, haja vista que não há norma que disponha expressamente sobre quais regras incidiriam para se resolver, fora do âmbito do Poder Judiciário, conflitos relacionados a prestações positivas estatais que envolvem múltiplas partes.

No âmbito das atribuições do Ministério Público, por exemplo, poder-se-ia argumentar que o tratamento extrajudicial do conflito em questão se daria no curso do inquérito civil (art. 129, III, da CR/88) e, em relação aos demais entes públicos legitimados à celebração de termo de ajustamento de conduta, dentro de um procedimento administrativo (em sentido amplo). Contudo, tais formalidades referem-se apenas ao aspecto extrínseco do processo coletivo extrajudicial. Em verdade, a principal pergunta a que se pretende responder, para além de *em qual meio* deve ocorrer o acordo (inquérito civil ou procedimento administrativo) ou de *como se deve formalizá-lo* (termo de ajustamento de conduta, termo de ajustamento de gestão, submissão do ajuste à homologação judicial etc), é a de *como se chegar* legitimamente ao consenso.

Afinal, se o iter procedimental do processo judicial (petição inicial → contestação → impugnação → produção de provas), quando se desenvolve até adjudicação da decisão estatal, comumente pressupõe posturas adversariais - em que as partes buscam apontar as fraquezas de suas alegações recíprocas, não reconhecem a prática de erros, rotulam e tiranizam as partes oponentes, distorcem fatos a seu favor e desconfiam da parte contrária - impõe-se a busca por procedimentos que ensejem comportamentos diversos.

Com efeito, a oportunidade de ser ouvido e compreendido sem que se tenha o ponto de vista distorcido, a confiança de que o interlocutor age e se comunica com honestidade, o reconhecimento de que a visão do “oponente” pode contribuir para a solução do conflito, a abertura para demonstrar dúvidas e incertezas sem que tais características sejam rotuladas como sinais de fraquezas e, ainda, a possibilidade de compreender que as diferenças não implicam necessariamente interesses inconciliáveis, são fatores que devem ocupar lugar de destaque na preocupação do jurista e, conseqüentemente, na identificação de alternativas que viabilizem tais comportamentos no tratamento de conflitos.

#### **2.4 A identificação de caminhos que garantam efetividade às soluções de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas: alternativas à judicialização**

A concepção de política pública empregada nesta pesquisa será explicitada no item 3.1, contudo, cumpre-se desde logo esclarecer que a expressão é aqui empregada para

designar as prestações positivas estatais que visam a concretizar direitos individuais e coletivos assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Tais prestações, quando demandadas pela via judicial, comumente implicam comandos de obrigações de fazer complexas em face do Poder Público, dando ensejo ao fenômeno jurídico que a doutrina<sup>77</sup> e a jurisprudência<sup>78</sup> convencionaram denominar de *judicialização*<sup>79</sup> de políticas públicas ou de *controle judicial* de políticas públicas.

Ao tratar sobre os instrumentos processuais disponíveis no direito brasileiro para realizar o controle de políticas públicas, Sérgio Cruz Arenhart observa que, atualmente, o controle jurisdicional é tratado com pueril irresponsabilidade<sup>80</sup>, sobretudo tendo em vista a inadequação dos instrumentos processuais empregados, já que tanto o processo civil individual quanto o processo coletivo brasileiro mostram-se flagrantemente insuficientes para dar vazão às necessidades de uma discussão jurisdicional minimamente satisfatória de políticas públicas<sup>81</sup>. Nessa linha de raciocínio, o autor assevera que a tutela coletiva nacional não é uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses, mas que apenas autoriza, por meio da lei, alguns entes, em nome de determinada coletividade, a

<sup>77</sup> Exemplificativamente, citam-se: MARRARA, Thiago; GONZALEZ, Jorge Agudo. *Controles da administração e judicialização de políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2016; VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil*. São Paulo: Saraiva, 2011; CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017; APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Juruá, 2005; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>78</sup> Exemplificativamente, citam-se os seguintes julgados dos tribunais superiores: STF: SL 47 AgR/PE, Agravo regimental na suspensão de liminar, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, (Presidente), Julgamento: 17/03/2010, Órgão Julgador: Tribunal Pleno; ARE 701353 AgR/ RN – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 26/08/2016, Órgão Julgador: Primeira Turma; STJ: AREsp/DF – Agravo em Recurso Especial 1139085, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de publicação: 23/03/2018; REsp 1527283 / GO, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIM, Data de publicação: 02 set. 2016.

<sup>79</sup> Segundo a definição de Luis Roberto Barroso, “*judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro”. (BARROSO, Luís R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009).

<sup>80</sup> No mesmo sentido, Vanice Regina Lírio do Valle afirma que “quando o espectro de visão se abre para o todo o Judiciário, as distorções são gritantes, sendo notórias as decisões em todo o território nacional, onde se tem a simples combinação retórica de um conjunto de expressões associadas à proteção de direitos fundamentais – dignidade da pessoa, mínimo existencial, etc – tudo isso apresentado como suposto fundamento ao deferimento de uma intervenção judicial nos planos de ação estatal” (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Fórum: Belo Horizonte, 2016, p. 144).

<sup>81</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*: RPC, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015, p. 212-214.

defenderem os seus interesses, sem que tais entes sejam sequer obrigados a consultar qualquer membro da comunidade ou da coletividade como um todo, ou mesmo a dar oportunidade a esses grupos ou à sociedade para manifestarem-se previamente. Dessa forma, o autor conclui que, a rigor, o trâmite processual coletivo se dá sob a mesma forma como ocorre em relação aos interesses individuais<sup>82</sup>, uma vez que se mantém arraigado à mesma racionalidade do processo individual, à sua dinâmica bipolar, à adstrição da sentença ao pedido, à disponibilidade do processo e a todas as consequências dessa lógica, razão pela qual não poderia servir de cenário ao debate de políticas públicas<sup>83</sup>.

Segundo Arenhart, para que se possa realizar um controle adequado de políticas públicas por meio do processo judicial, impõe-se pensar em um modelo diferenciado, normalmente tratado como *processo coletivo estrutural*<sup>84</sup>, no qual se buscam decisões que promovam uma alteração substancial e futura de determinada prática ou instituição, afetando valores amplos da sociedade. Para tanto, revelam-se fundamentais instrumentos como as audiências públicas<sup>85</sup> – que permitam a participação ampla da comunidade envolvida – e a presença do *amicus curiae* – que permita que o processo seja capaz de absorver a experiência técnica de especialistas no tema que está sendo discutido, de modo que possam contribuir para o adequado dimensionamento do problema analisado e para apresentar alternativas à solução do conflito. Com esses instrumentos, o autor argumenta que é possível vencer a visão dicotômica do processo coletivo tradicional, uma vez que permitem que a relação processual se desenvolva de maneira plúrima e multifacetária e não apenas baseada em duas visões antagônicas sobre o tema<sup>86</sup>. De fato, nos conflitos que envolvem políticas públicas, vários

---

<sup>82</sup> ARENHART, Processos estruturais..., 2015, p. 213.

<sup>83</sup> ARENHART, Processos estruturais..., 2015, p. 217.

<sup>84</sup> A nomenclatura adotada baseia-se nas denominadas *structural injunctions* do direito norte-americano, as quais se consubstanciam em ordens judiciais orientadas para uma perspectiva futura, visando a implementar mudanças estruturais em determinadas realidades locais e instituições, mediante estreito acompanhamento do Poder Judiciário em relação ao planejamento, elaboração e execução das ações necessárias à concretização da ordem. O caso mais emblemático dessa espécie de decisão judicial é a solução apresentada no caso *Brown x Board of Education*, que será abordado adiante neste trabalho (ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 225, nov. 2013).

<sup>85</sup> Em relação às audiências públicas, impõe-se notar que, ainda que se argumente quanto à possibilidade de realização dessas audiências no curso do processo coletivo – em analogia à previsão contida no art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade – não há atualmente qualquer regra processual que explicitamente contemple a forma por meio da qual os interesses subjacentes revelados nessas possíveis audiências poderão refletir na decisão final do magistrado, caso já não sejam objeto de discussão nos autos entre as partes formais do processo coletivo.

<sup>86</sup> ARENHART, Decisões estruturais..., 2013, p. 217-220.

interesses e pontos de vista incidem sobre o objeto do conflito, e nem sempre podem ser agrupados em dois lados antagônicos.

Em relação ao modo como a representação dos interessados é tratada nas *class actions* do direito norte-americano, Antônio Gidi chama a atenção para o fato de que aquele regramento está menos interessado em ficções legais do que na realidade dos fatos, razão pela qual os requisitos para se aferir a adequação da representação do autor são analisados pelo juiz à luz do caso concreto. O objetivo dessa aferição é assegurar, tanto quanto possível, que o resultado obtido com a tutela coletiva não seja diverso daquele que seria obtido se os membros do grupo estivessem defendendo pessoalmente seus interesses<sup>87</sup>.

Não obstante a forma de aferir a legitimidade do representante seja diversa em relação à adotada no ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que também no direito norte-americano não há a obrigatoriedade de que o representante consulte os demais membros da coletividade para pleitear em juízo os direitos do grupo. Em verdade, é o juiz quem avalia, segundo critérios qualitativos, se há ou não divergência de interesses entre o representante e o grupo ou até mesmo entre o advogado e o grupo<sup>88</sup>. Se for constatado conflito de interesses quanto a alguns membros e não a outros, caberá ao juiz limitar a ação coletiva àqueles que não estão em conflito ou garantir uma representação adequada de todos os interesses divergentes<sup>89</sup>. Assim, é dever do magistrado buscar trazer para o processo as diversas posições conflitantes eventualmente existentes entre os membros do grupo<sup>90</sup>. O instrumento previsto na *Federal Rule 23*<sup>91</sup> para viabilizar o conhecimento, por parte dos demais membros do grupo, do teor da ação coletiva proposta é o denominado “*notice*”<sup>92</sup>, que consiste na notificação formal aos interessados sobre a propositura e a certificação de uma ação coletiva, permitindo que eles possam decidir qual a melhor conduta a adotar em relação ao trâmite da ação<sup>93</sup>.

Contudo, verifica-se que a *Federal Rule 23* também não apresenta, em seus dispositivos, solução apta a responder às dificuldades técnicas relacionadas à representação de interesses em conflitos de natureza multifacetária, em especial naqueles que envolvem

---

<sup>87</sup> GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 100.

<sup>88</sup> GIDI, *A class action...*, 2007, p. 105.

<sup>89</sup> GIDI, *A class action...*, 2007, p. 113.

<sup>90</sup> GIDI, *A class action...*, 2007, p. 117.

<sup>91</sup> A *Federal Rule 23* se consubstancia em ato normativo editado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir de delegação conferida pelo Poder Legislativo, para disciplinar o ajuizamento das ações coletivas, as denominadas *class actions*, na Justiça Federal daquele país.

<sup>92</sup> Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23 (c)(2).

<sup>93</sup> GIDI, *A class action...*, 2007, p. 213.

políticas públicas. Conquanto a *Rule 23(c)(4)(B)* autorize o juiz a subdividir o grupo em subgrupos nos casos em que a coletividade é composta por pessoas cujas situações individuais sejam diferentes ou cujos interesses pessoais sejam conflitantes entre si, verifica-se que, nos casos em que as situações dos membros forem muito diversas, não há possibilidade de divisão em subgrupos, haja vista a impossibilidade de se identificar uma questão comum que os una<sup>94</sup>. Mais uma vez, a lógica dicotômica das ações judiciais impede que se propicie a técnica adequada à natureza complexa do conflito.

Para suprir essa lacuna, desenvolveu-se no sistema judiciário norte-americano uma prática denominada por Stephen Yeazell de *town meeting*, por meio da qual se concede a possibilidade de ampla participação aos diversos interessados que se revelem representantes dos grupos que possam ser afetados pela decisão judicial<sup>95</sup>. A denominação<sup>96</sup> cunhada por Yeazell baseou-se em um caso de dessegregação escolar do estado da Califórnia<sup>97</sup>, no qual a corte permitiu a participação de intervenientes que, apesar de não constituírem partes formais do processo originário, poderiam contribuir para a formação da decisão. Segundo o ponto de vista exposto pelo autor, a abertura concedida pela corte revelou-se necessária, pois a solução buscada naquela espécie de litígio – a reestruturação de uma instituição de ensino pública – implicava a necessidade de representação e preservação das relações de poder entre diversos grupos de cidadãos, de modo que a imposição de uma medida judicial no caso implicaria, de certa forma, reescrever uma parte do contrato social, e por isso ela jamais produziria qualquer mudança social sem a cooperação direta das pessoas e entes afetados<sup>98</sup>. Sob essas circunstâncias, reconheceu-se que o envolvimento de interesses variados e opostos em um processo judicial que viabiliza oportunidades de ampla oitiva dos interessados, negociação e compromisso poderia ser a melhor maneira de obter uma decisão exequível.

Em trabalho desenvolvido especificamente para enfrentar as dificuldades inerentes à judicialização de questões complexas, dentre elas os conflitos relacionados a políticas públicas, por meio do processo coletivo tradicional, Edilson Vitorelli propõe, inspirado na experiência do Poder Judiciário norte-americano, a adoção de um processo do

---

<sup>94</sup> GIDI, *A class action...*, 2007, p. 267-268.

<sup>95</sup> YEAZELL, Stephen. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles School Case. *UCLA Law Review*. v. 25, 1977-1978, p. 244-260.

<sup>96</sup> Logo no início de seu artigo, Yeazell chama a atenção para o seguinte fato: “A curious thing is happening in a courtroom in downtown Los Angeles. Anywhere else the event would be called a town meeting; there, it is going by the name of intervention”. YEAZELL, Intervention and..., 1977-1978, p. 244.

<sup>97</sup> Crawford v. Board of Education, 17 Cal.3d 280. Disponível em: <<http://scocal.stanford.edu/opinion/crawford-v-board-education-27951>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

<sup>98</sup> YEAZELL, Intervention and..., 1977-1978, p. 258.



tipo *town meeting*<sup>99</sup> no Brasil como técnica adequada para resolver os conflitos denominados pelo autor como *litígios irradiados*<sup>100</sup>. Em tais espécies de conflitos, sustenta-se que o processo deve funcionar como um instrumento flexível para a participação, com variados graus de intensidade, dos subgrupos sociais, haja vista que a elevada complexidade e conflituosidade do litígio dificulta a definição precisa dos papéis processuais de cada grupo, bem como inviabiliza a condução do processo por estruturas rígidas baseadas nas noções, por exemplo, de preclusão e coisa julgada. Assim, ao considerar que os conflitos que incidem sobre políticas públicas implicam definição de prioridades ou rearranjos sociais, o autor conclui que o processo deixa de ser um mecanismo de aplicação do direito a fatos pretéritos e passa a se comportar como um espaço para o debate com a sociedade impactada, daí porque a nomenclatura adotada de *town meeting*<sup>101</sup>.

Segundo o modelo de *town meeting*, o citado autor esclarece que o juiz toma a frente da direção do processo, delimitando as questões relevantes e a produção de provas para fomentar eventos de diálogo ampliado com a sociedade impactada. Para tanto, realizam-se audiências e eventos públicos para permitir a participação direta e informal de uma ampla gama de interessados, nos quais podem ser registradas insatisfações, verificar se a solução pretendida é factível, apontar falhas nas propostas ou indicar alternativas. O modelo ainda permite que os fatos sejam constantemente reanalisados, já que os contextos dos litígios estruturais são, por natureza, mutáveis. Dadas tais características, o juiz pode contar com o auxílio de um *special master*, profissional com expertise em ações coletivas ou na área do conhecimento especificamente relacionada à questão controversa, que poderá atuar no sentido de facilitar a obtenção de um acordo, supervisionar a fase de produção de provas e de execução da decisão, dentre outras atividades<sup>102</sup>.

A par do que foi exposto, notadamente em relação aos esforços doutrinários e judiciais desenvolvidos para tentar adaptar a técnica processual coletiva aos conflitos que envolvem questões complexas e de interesses multifacetários, não se pode deixar de observar que todas essas iniciativas, em algum ponto, invocam a utilização dos meios consensuais

---

<sup>99</sup> LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 611.

<sup>100</sup> O autor denomina litígios transindividuais irradiados como aqueles que envolvem a lesão a direitos transindividuais que interessam, de modo desigual e variável, a distintos segmentos sociais, em alto grau de conflituosidade. Assim, a titularidade do direito material subjacente é atribuída, em graus variados, aos indivíduos que compõem a sociedade, de modo diretamente proporcional à gravidade da lesão experimentada. (LIMA, *O devido processo...*, 2015, p. 103).

<sup>101</sup> LIMA, *O devido processo...*, 2015, p. 622-636.

<sup>102</sup> LIMA, *O devido processo...*, 2015, p. 575-579.

como etapa necessária ou complementar à realização do direito material já reconhecido por meio do comando judicial. Reconhece-se que, dada a complexidade inerente ao cumprimento da decisão, revela-se praticamente impossível promover a sua execução sem que haja a voluntária contribuição das partes, seja com informações, atividades, provisão de recursos financeiros ou recursos humanos.

De fato, como soluções processuais, no âmbito do Poder Judiciário, para lidar com conflitos coletivos complexos, destacam-se, no âmbito da doutrina nacional, as proposições que se voltam ao desenvolvimento do denominado *processo coletivo estrutural*<sup>103</sup> ou do *processo coletivo estratégico*<sup>104</sup>, as quais buscam suscitar alternativas adequadas à natureza do conflito e das decisões proferidas. Entretanto, curioso é notar que todas elas destacam a necessidade de que tais processos sejam resolvidos, em grande medida, por elementos de consenso e não pela imposição de ordens<sup>105</sup>. Argumenta-se que, para lidar com políticas públicas no âmbito judicial, talvez a mais importante técnica processual seja conferir relevância às medidas consensuais, trabalhadas a partir do diálogo entre as partes e que contribuam para a obtenção de soluções que sejam tecnicamente factíveis, sem perder de vista as exigências do ordenamento jurídico<sup>106</sup>. Ressalta-se, pois, que a construção e a execução da política pública devem envolver a colaboração dos outros Poderes, preferivelmente pela via de soluções consensuais<sup>107</sup>. Reconhece-se, ainda, que a busca do consenso é a nota essencial do processo destinado a controlar decisões políticas<sup>108</sup>. Além disso, litigantes em processos de interesse público acabaram por chegar à conclusão de que um acordo parcial, porém concreto, é melhor do que uma decisão judicial ambiciosa e não exequível<sup>109</sup>.

Ora, se a busca pelo consenso, por si só, constitui esforço do qual não se pode prescindir para solucionar conflitos que incidem sobre as escolhas estatais que se refletem na qualidade da oferta de políticas públicas, optou-se, nesta pesquisa, por explorar e perscrutar as técnicas processuais extrajudiciais adequadas por meio das quais se revela possível seguir

---

<sup>103</sup> ARENHART, Decisões estruturais..., 2013; ARENHART, Processos estruturais..., 2015; VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013; LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>104</sup> GRINOVER, *Ensaio sobre...*, 2016, p. 48.

<sup>105</sup> LIMA, *O devido processo...*, 2016, p. 574.

<sup>106</sup> ARENHART, Processos estruturais..., 2015, p. 227.

<sup>107</sup> GRINOVER, *Ensaio sobre...*, 2016, p. 50-51.

<sup>108</sup> VIOLIN, Jordão. *Processo coletivo e protagonismo judiciário: o controle de decisões políticas mediante ações coletivas*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 147.

<sup>109</sup> BASCH, Fernando. Argentina: enforcing a legal victory for universal access do education. *International Budget Partnership*, 2016, p. 5.

diretamente pela via consensual em vez de se percorrer, primeira e talvez desnecessariamente, a via judicial.

Para tanto, tomou-se como marco teórico as ideias inicialmente desenvolvidas por Susskind e Cruikshank em obra que se tornou a principal referência das ulteriores abordagens doutrinárias sobre a construção de consensos em políticas públicas. De acordo com os autores:

(...) a única maneira de evitar impasses, reduzir a necessidade de litígios e restaurar a credibilidade dos governos é produzir consensos sobre como lidar com os problemas que nos confrontam. Não se trata de busca por compromisso político, mas por acordos voluntários que ofereçam os resultados mais sábios, mais justos, mais eficientes e mais estáveis possíveis. Isso requer que todas as partes interessadas tenham a chance de participar diretamente de qualquer esforço de resolução de disputas. (...) Defende-se uma redefinição da ideia de liderança e de cidadania responsável. Nesse contexto, os líderes políticos devem assumir mais responsabilidade em construir consensos; os cidadãos, os grupos de indivíduos preocupados com o interesse público e os líderes empresariais devem participar de forma voluntária na busca de soluções que maximizem o ganho mútuo e melhorem os relacionamentos de longo prazo<sup>110</sup>. (tradução livre)

---

<sup>110</sup> “(...) the only way to avoid stalemate, reduce the need for litigation, and restore the credibility of government is to generate agreement on how to handle the problems that confront us. We argue not for political compromise, but for voluntary agreements that offer the wisest, fairest, most efficient, and most stable outcomes possible. This requires that all stakeholders have a chance to participate directly in any dispute resolution effort. (...) We advocate a redefinition of both leadership and responsible citizenship. Political leaders, we argue, should take more responsibility for building consensus; citizens, public interest groups, and business leaders should participate more willingly in the search for solutions that maximize mutual gain and improve long-term relationships”. (SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the impasse: consensual approaches to resolving public disputes*. [s.l.]: BasicBooks, 1987, p. 13)

### 3 CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DO PROCESSO COLETIVO JUDICIAL

#### 3.1. Objeto material de proteção dos processos coletivos e sua correlação com as políticas públicas

A Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) estabelece, em seu primeiro artigo, as hipóteses de ajuizamento da ação em defesa do meio ambiente; do consumidor; de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; da ordem econômica e urbanística; da honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; do patrimônio público e social; e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Conforme exposto no capítulo anterior, destaca-se que, à exceção das ações ajuizadas em defesa dos direitos do consumidor e da ordem econômica, as quais recaem prioritariamente sobre condutas de particulares, as demais frequentemente possuem em seu polo passivo um ente de direito público, isoladamente ou em litisconsórcio com particulares ou outros entes públicos. De fato, basta uma breve pesquisa jurisprudencial nos portais eletrônicos dos diversos tribunais<sup>111</sup> do país para se aferir que os entes públicos – União, estados, municípios e entidades da administração pública indireta – constituem um dos alvos preferenciais das ações civis públicas que veiculam pretensões que impliquem obrigações de fazer ou não fazer, voltadas a garantir a proteção dos bens jurídicos a que aquelas ações visam tutelar.

Exemplificativamente, e tomando-se como parâmetro casos que já foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, tais pretensões consubstanciam-se em pedidos de disponibilização de vagas em escolas e fornecimento de transporte escolar<sup>112</sup>, regularização de serviços prestados em hospital público<sup>113</sup>, apresentação de plano de recuperação de imóvel público tombado<sup>114</sup>; aumento de vagas destinadas a presos

---

<sup>111</sup> Exemplificativamente, citam-se: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), [portal.stf.jus.br](http://portal.stf.jus.br), [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br).

<sup>112</sup> BRASIL. STF, SL 770 AgR/SC-AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data do Julgamento: 05/03/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

<sup>113</sup> BRASIL. STF, SL 47 AgR/PE-AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Data do Julgamento: 17/03/2010, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

<sup>114</sup> BRASIL. STJ, AgRg no AREsp 789117 / RJ-AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, Relator(a): Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data do Julgamento: 03/03/2016, Órgão Julgador: Segunda Turma.

provisórios<sup>115</sup>; realização de obras públicas para evitar o risco de deslizamento de moradias<sup>116</sup>; reparação de rodovias<sup>117</sup>, dentre outras. À vista desses exemplos, verifica-se com clareza que todos os pedidos implicam alguma interferência do Poder Judiciário sobre a forma de realizar políticas públicas setoriais pelos diversos entes estatais. Não obstante essa clara percepção, cumpre-se, para os fins do presente estudo, esclarecer e delimitar, com a possível precisão, o alcance da expressão “*políticas públicas*” empregada em todo o desenvolvimento da pesquisa.

Em sentido amplo, Maria Paula Dallari Bucci conceitua políticas públicas como programas de ação governamental que visam a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados<sup>118</sup>. Assim, a partir de determinado contexto histórico em que os direitos sociais e transindividuais deixam de ser meras declarações retóricas e passam a ser direitos positivados em constituições e leis, em busca de efetividade, a autora defende que as políticas públicas tornam-se foco de especial e pertinente interesse jurídico<sup>119</sup> e, tendo como base essa compreensão, propõe-se a construir um conceito de política pública em direito<sup>120</sup>.

Contudo, desde o início de sua proposta, Bucci adverte para o fato de que “*política pública*” é uma locução polissêmica cuja conceituação só pode ser estipulativa<sup>121</sup>, isto é, revela-se produto de uma construção do agente de fala ou, neste caso, do pesquisador. De fato, a expressão *políticas públicas* pode implicar ações e omissões governamentais nas mais diversas áreas de atuação do Estado, abarcando as políticas econômicas, monetárias, cambiais, comerciais, internacionais, tributárias, empresariais (no caso das sociedades de economia mista e empresas públicas), previdenciárias, trabalhistas, dentre outras. No presente estudo, não se propõe, num primeiro plano, a aplicação das técnicas de construção de consenso a essas espécies de políticas mencionadas, conquanto também não se possa afirmar que a elas não possam ser estendidas em alguns aspectos.

---

<sup>115</sup> BRASIL. STJ, REsp 1637827/PR, Relator(a): Ministro Herman Benjamin, Data do Julgamento: 13/12/2016, Órgão Julgador: Segunda Turma.

<sup>116</sup> BRASIL. STJ, AgRg no AgRg no AREsp 679845/RJ, Relator(a): Ministro Hermam Benjamin, Data do Julgamento: 16/06/2016, Órgão Julgador: Segunda Turma.

<sup>117</sup> BRASIL. STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 578718/MT, Relator (a): Ministra Assusete Magalhães, Data do Julgamento: 13/12/2016, Órgão Julgador: Segunda Turma.

<sup>118</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 241.

<sup>119</sup> BUCCI, *Direito administrativo...*, 2002, p. 241.

<sup>120</sup> BUCCI, *Direito administrativo...*, 2002, p. 251-279.

<sup>121</sup> BUCCI, *Direito administrativo...*, 2002, p. 251.

Tendo em vista essa perspectiva polissêmica, verifica-se que os autores, ao tratarem sobre o controle judicial de políticas públicas, elaboram sua própria compreensão em relação ao alcance do tema. Na concepção de Ohlwiler, falar sobre políticas públicas exige construir uma concepção filosófica e política do agir do administrador público, bem como a migração de uma perspectiva excessivamente liberal-individualista para uma dimensão mais comunitarista e republicana da gestão pública. Por tais razões, o autor conclui que tais políticas constituem o conjunto de ações desenvolvidas pelo Poder Público para materializar as indicações de bem comum, justiça social e a igualdade dos cidadãos<sup>122</sup>.

Ao tratar especificamente sobre o problema do controle e da implementação processual de políticas públicas no Brasil, Saulo Versiani Penna também adverte para o fato de que a expressão *política pública* não é de fácil identificação científica, uma vez que a expressão tem sido utilizada com diferentes significados<sup>123</sup>. Para o autor, longe de se confundirem com a ideia de benesses ou dádivas conferidas e proporcionadas pelos governantes dotados de “sensibilidade”, “espírito público” ou “habilidades políticas”, as políticas públicas, no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, devem ser concebidas como exigências do cidadão à efetivação dos direitos garantidos na Constituição. Ressalta, contudo, que o cidadão não deve ser visto simplesmente como o destinatário das políticas públicas, mas como o principal ator de sua criação e implementação<sup>124</sup>.

Segundo a reflexão de Vanice Regina Lírio do Valle, a própria utilização indiferenciada, no Brasil, do vocábulo “política”, seja para identificar o domínio da competição partidária, seja para se referir à formulação das escolhas e estratégias públicas, contribui para uma dificuldade de clarificação conceitual<sup>125</sup>. Para superar esse obstáculo, a autora propõe um conceito inicial, segundo o qual política pública consiste em decisão quanto ao percurso da ação formulada por atores governamentais, revestida de autoridade e sujeita a sanções<sup>126</sup>. E complementa esclarecendo que, nos termos do referido conceito, as políticas públicas se constroem a partir do signo da multiplicidade e devem ser compreendidas sob uma perspectiva de continuidade, de projeção para o futuro, de resultados almejados e de

---

<sup>122</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito. In SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 323.

<sup>123</sup> PENNA, Saulo Versiani. Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 211.

<sup>124</sup> PENNA, *Controle e implementação...*, 2011, p. 211- 212.

<sup>125</sup> VALLE, *Políticas públicas...*, 2016, p. 31.

<sup>126</sup> VALLE, *Políticas públicas...*, 2016, p. 33.

obrigações consideradas instrumentais ao alcance desses mesmos resultados<sup>127</sup>. Nesse contexto, afirma que os aspectos da multiplicidade e da continuidade apresentam-se como indispensáveis às ações de controle que recaiam sobre o agir estatal<sup>128</sup>.

No paradigmático julgamento da ADPF nº 45, o Ministro Celso de Mello reconheceu que o controle judicial se faz possível quando se trata de viabilizar a concretização de políticas públicas previstas no texto constitucional, caso venham a ser descumpridas pelas instâncias governamentais destinatárias da norma. Entendeu o mencionado relator que o Poder Judiciário não poderia demitir-se do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer a integridade da própria ordem constitucional<sup>129</sup>.

Com efeito, a análise de diversos outros julgados<sup>130</sup> proferidos pelo Supremo Tribunal Federal relacionados ao controle de políticas públicas evidencia que a matéria se revela de especial interesse para os operadores do direito quando se correlaciona com a

<sup>127</sup> VALLE, *Políticas públicas...*, 2016, p. 35.

<sup>128</sup> VALLE, *Políticas públicas...*, 2016, p. 51.

<sup>129</sup> Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF-PolíticasPúblicas-IntervençãoJudicial-Reserva do Possível](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF-PolíticasPúblicas-IntervençãoJudicial-Reserva%20do%20Possível)>(Transcrições). Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>130</sup> Agravo interno no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Ação civil pública. Obrigações de fazer. Implementação de políticas públicas. Estatuto da criança e do adolescente. **Adequação de espaço para socioeducandas grávidas e lactantes**. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação ao princípio da separação de poderes. Inocorrência. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da súmula 279 do STF. Recurso interposto sob a égide do novo código de processo civil. Ausência de condenação em honorários advocatícios no juízo recorrido. Impossibilidade de majoração nesta sede recursal. Artigo 85, § 11, do CPC/2015. Agravo interno desprovido. (ARE 963663 AgR/ AC – ACRE, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 25/08/2017, Órgão Julgador: Primeira Turma); Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional e Administrativo. 3. Implementação de políticas públicas. **Direito à moradia e à integridade física**. Possibilidade. 4. Inexistência de violação ao princípio da separação dos poderes. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 1023906 AgR/ RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 30/06/2017, Órgão Julgador: Segunda Turma); Recurso extraordinário – Ação civil pública – Obrigação jurídico-constitucional que impõe aos estados o dever de observância dos direitos constitucionais dos presos – **Realização de obras em estabelecimentos penais** – Implementação de políticas públicas – Violação aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível – Inocorrência – Repercussão geral da matéria que o plenário do supremo tribunal federal reconheceu no julgamento do re 592.581/rs – Sucumbência recursal (cpc, art. 85, § 11) – Não decretação, no caso, ante a ausência de condenação em verba honorária na origem – agravo interno improvido. (RE 1026698 AgR/ MT - MATO GROSSO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 30/06/2017, Órgão Julgador: Segunda Turma); Agravo regimental em recurso extraordinário. Interposição em 29.12.2016. **Direito à segurança e moradia. Construção em encostas. Risco de desabamento**. Determinação pelo poder judiciário de medidas emergenciais para evitar desmoronamento. Possibilidade. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e moradia. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o artigo 85, § 11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública. (RE 909943 AgR/ SE – SERGIPE, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Julgamento: 02/06/2017, Órgão Julgador: Segunda Turma). Grifou-se. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 25 set. 2017.

implementação direta de direitos reconhecidos pela Constituição e pelas leis, mas que, por razões administrativas e governamentais, não são concretizados.

Assim, impõe-se explicitar que as *políticas públicas* consideradas, no contexto das ideias desenvolvidas nesta pesquisa, referem-se aos programas, projetos e atividades governamentais, desenvolvidos pelos agentes da Administração Pública Direta e Indireta da União, estados e municípios, que visam a concretizar, direta ou indiretamente, os direitos dos cidadãos reconhecidos na Constituição e nas leis, por meio de ações e abstenções que se consubstanciam em escolhas vinculadas ou discricionárias do gestor. Dessa forma, não se pretende abarcar as fases de formulação das políticas públicas antes que tenham sido referendadas pelo Poder Legislativo – uma vez que se trata de seara típica da construção das escolhas políticas realizadas pelos agentes mandatários do povo – mas tão somente das que se sucedem visando à execução da lei e cuja implementação, em regra, depende de prestações positivas estatais<sup>131</sup>.

Para além da dimensão acima explicitada, cumpre-se ainda ressaltar que tais políticas públicas serão consideradas apenas em seus aspectos de dimensão coletiva, isto é, que se revelem suscetíveis de questionamentos sob o ponto de vista da repercussão de seus efeitos em relação a coletividades ou grupos de pessoas. Não se pretende, por exemplo, apresentar uma proposta processual extrajudicial para os casos em que o cidadão, individualmente, pleiteia determinado medicamento ou tratamento de saúde em face do Poder Público. Embora não se desconheça o impacto que tal pretensão possa exercer em relação a direitos e interesses coletivos, a natureza eminentemente individual do conflito originário não se subsume à proposta ora apresentada.

Impõe-se esclarecer, também, que não se optou pela análise e tratamento setorial de políticas públicas específicas, ou que visem a concretizar determinadas categorias de direitos – sejam os de primeira, segunda, terceira ou quarta geração ou dimensão<sup>132</sup> – uma vez

---

<sup>131</sup> Trata-se de expressão comumente empregada para se referir aos deveres impostos ao Estado em razão da consagração de direitos sociais (direitos de segunda geração) nas constituições modernas, os quais se traduzem em obrigações de fazer que, em regra, implicam dispêndio de recursos públicos. Contudo, conforme já ressaltado neste trabalho, a proteção aos denominados direitos de liberdade ou de primeira geração também exige prestações estatais positivas, em especial no que se refere às ações e investimentos em segurança pública e nos aparatos estatais que a asseguram. As prestações estatais negativas, por seu turno, implicam um dever de proibição ou abstenção em relação aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, tais como a coibição de atos atentatórios à integridade física ou moral dos presos (art. 5º, XLIX, da CR88); a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CR88); a vedação de restrição da liberdade de locomoção em território nacional (art. 5º, XV, da CR88); a impossibilidade da cobrança de tributos em desrespeito aos princípios tributários insculpidos no art. 150 da CR88 etc.

<sup>132</sup> A denominação de “geração” de direitos fundamentais é adotada por autores como (BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 6) e (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524-525), além de encontrar ressonância em julgado do Supremo Tribunal Federal (STF, MS 22164/SP). Por seu turno, o termo “dimensão” é adotado, dentre outros, por (SARLET, Ingo. Wolfgang. *A*



que a proposta apresentada na pesquisa prescinde de tal setorização. Com efeito, seja para viabilizar a implantação de uma entidade de acolhimento de longa permanência para idosos em determinado município (proteção do direito social à moradia), seja para pleitear o aumento do número de vagas em estabelecimentos prisionais de determinado estado (garantia do direito à segurança pública) ou seja para buscar a estruturação de determinado órgão federal de fiscalização de atividades ambientais poluidoras (proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), o processo coletivo extrajudicial revela-se suscetível de aplicação.

Conquanto não se tenha optado por tratar de políticas públicas setoriais específicas, há que se ressaltar que é no campo dos direitos sociais<sup>133</sup> que as ideias aqui trazidas revelam-se suscetíveis de maior aplicação, haja vista o significativo número de demandas envolvendo tais direitos trazidas à apreciação jurisdicional, seja no Brasil ou em países estrangeiros, conforme se tratará no item 3.3. Ademais, são os direitos sociais que mais têm suscitado controvérsias no que diz respeito à sua eficácia<sup>134</sup> e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência ou suficiência dos instrumentos processuais disponíveis para lhes proporcionar plena realização<sup>135</sup>. Com efeito, o atendimento aos direitos sociais constitucionalmente consagrados, cuja realização implica comumente<sup>136</sup> prestações positivas estatais, representa um grande desafio jurídico diante das opções políticas possíveis no Estado Democrático de Direito.

---

*eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 55).

<sup>133</sup> Conforme defende Jorge Reis Novais, independentemente da diferenciação da positivação constitucional, são considerados direitos sociais nucleares: o direito ao mínimo para uma existência digna, o direito à saúde, o direito à habitação, o direito à segurança social ou assistência social; o direito ao trabalho; o direito à educação. (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 40).

<sup>134</sup> Conforme afirma Ingo Sarlet, a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no rol dos direitos fundamentais consagrados na Constituição ressalta de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, embora não exista consenso a respeito da aplicabilidade imediata das normas definidoras de tais direitos. O autor afirma que, em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, esses se encontram, de acordo com a doutrina majoritária, sob uma reserva do possível, circunstância que implica uma necessária tomada de decisão a respeito da destinação de recursos públicos (SARLET, *A eficácia dos direitos...*, 2009, p. 66 e 314).

<sup>135</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 130.

<sup>136</sup> Conforme registra Ingo Sarlet, “em que pese a correta recondução dos direitos a prestações fáticas a um *status positivus socialis* dos indivíduos, há que fazer certas distinções no que concerne ao direito constitucional positivo pátrio, no qual, conforme já anunciado, o conceito de direitos fundamentais sociais não se restringe à dimensão prestacional, abrangendo igualmente o que se poderia denominar de um *status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*, constituído pelas liberdades sociais (por exemplo, pelo direito de greve e da liberdade sindical), pelas concretizações do princípio da isonomia e da proibição de discriminações, e por todas as posições jurídicas fundamentais que podem, por sua função prioritária, ser reconduzidas ao grupo dos direitos de defesa”. (SARLET, *A eficácia dos direitos...*, 2009, p. 198-199).

A discussão sobre a possibilidade de realização do controle de políticas públicas diversas, pela via judicial, no ordenamento jurídico brasileiro parece ter alcançado, sob as perspectivas doutrinária<sup>137</sup> e jurisprudencial<sup>138</sup>, relativo consenso no sentido de sua admissibilidade, muito embora sejam suscitados questionamentos em relação aos limites e à forma de exercício desse controle, em especial quando exercido por meio da propositura de ações coletivas<sup>139</sup>.

A admissibilidade do controle judicial de políticas públicas decorre, em grande medida, além da garantia da inafastabilidade da jurisdição e da aplicação imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais (art. 5º, XXXV e §1º, da CR/88), da inequívoca correlação entre aquelas políticas e a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988. Com efeito, as fases de planejamento, elaboração e execução de políticas públicas devem ser compreendidas, no Estado Democrático de Direito, como consectárias das normas constitucionais e legais que positivam as competências e deveres atribuídos aos entes e agentes públicos<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> Sobre o tema, vide: 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; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111-147; APPIO, *Controle judicial...*, 2005; FREIRE JÚNIOR, *O controle judicial...*, 2005; GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. In *Revista de Processo*, ano 33, n. 164, p. 39-61, 2008; KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 387-408, jul./dez. 2013; OHLWEILER, *Políticas públicas...*, 2008, p. 323-345.

<sup>138</sup> A propósito, vide, exemplificativamente, os seguintes julgados do STF e as respectivas políticas públicas que constituíram objeto de questionamento: RE 826254 AgR/ RS, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 16/12/2016, Órgão Julgador: Segunda Turma. Objeto: restauração de rodovias; ADPF 347 MC/ DF - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 09/09/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Objeto: liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional; ARE 860979 AgR/ DF - DISTRITO FEDERAL Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 14/04/2015, Órgão Julgador: Segunda Turma. Objeto: admissão de professores especializados em libras para educação de deficientes auditivos; ARE 639337 AgR/SP, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 15.9.2011. Objeto: matrícula em unidades de ensino infantil próximas à residência do aluno; e, finalmente, ADPF-MC 45, Relator Min. Celso de Mello, DJ 4.5.2004, julgado paradigmático que reconheceu, em tese, “a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental” e a “necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial”.

<sup>139</sup> THIBAU, Tereza C. S. B.; REIS, Ludmila Costa. As ações coletivas e a judicialização de políticas públicas no estado democrático de direito: possibilidades e limites. *MPMG Jurídico*, v. 17, p. 33-36, 2009.

<sup>140</sup> Em interessante estudo comparativo a respeito da repercussão do direito positivo sobre a exigibilidade judicial de políticas públicas, Malla Pollack defende a importância do reconhecimento expresso de direitos na Constituição e nas leis como instrumento de promoção de dignidade e cidadania. (POLLACK, Malla. O alto custo de não se ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos. In SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 363-389).

Não se pode descurar, entretanto, do fato de que essa compreensão suscita controvérsias a partir do momento em que o pedido formulado na via judicial, visando ao cumprimento de um comando constitucional ou legal, implica, na prática, a imposição de realização de escolhas pelo administrador público. Por tal razão é que, ao elaborar sua defesa processual em casos nos quais o autor individual ou coletivo pleiteia a realização de determinada política pública que possibilite o exercício de um direito, a Administração Pública comumente limita-se a invocar o postulado da separação dos Poderes<sup>141</sup> em vez de negar a existência do direito ou a legitimidade do conteúdo da pretensão. Corroborando essa estratégia de linha defensiva, argumenta-se, ainda, no sentido da limitação dos recursos financeiros disponíveis para fazer frente a todas as necessidades públicas – a denominada “reserva do possível”<sup>142</sup> – razão pela qual caberia exclusivamente aos Poderes Legislativo e Executivo fazerem as escolhas alocativas de recursos por meio das leis orçamentárias e dos atos administrativos praticados para executá-las.

Conquanto se revelem instigantes e desafiadores os argumentos teóricos que se insurgem a favor ou que se contrapõem à possibilidade de realização do controle judicial de políticas públicas<sup>143</sup>, não constitui escopo desta pesquisa explorá-los<sup>144</sup>. De fato, a proposta ora apresentada parte da problematização dos aspectos processuais concernentes ao modo como vem sendo realizado o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário por meio de

---

<sup>141</sup> É o que se depreende, a título exemplificativo e para fins de simbólica amostragem, dos seguintes julgados oriundos de diversos tribunais do país: STF: RE 826254 AgR/ RS - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Data do Julgamento: 16/12/2016, Órgão Julgador: Segunda Turma; ARE 917171 AgR/ PR - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Data do Julgamento: 16/12/2016, Órgão Julgador: Segunda Turma; TJMG: Apelação Cível/Reexame necessário nº 1.0686.15.012052-1/001, Relator(a): Des.(a) Áurea Brasil, Data do Julgamento: 10/11/2016, Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível; TRF 1ª Região: Apelação Cível nº 0006122-76.2015.4.01.3803 / MG, Relator (a): Des. Souza Prudente, Data do Julgamento: 09/11/2016, Órgão Julgador: Quinta Turma; TRF 3ª Região: Apelação Cível nº 0010114-89.2012.4.03.6100/SP, Relator(a): Des. Marcelo Saraiva, Data do Julgamento: 07/12/2016, Órgão Julgador: Quarta Turma.

<sup>142</sup> De acordo com Andreas Krell, o argumento da reserva do possível, originário da jurisprudência constitucional alemã, foi adotado de modo equivocado por alguns autores brasileiros para negar de maneira categórica a possibilidade de o Poder Judiciário decidir sobre políticas públicas que impliquem gastos orçamentários. (KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 52).

<sup>143</sup> Dentre os argumentos contrários, destacam-se aqueles que questionam a legitimidade democrática do Poder Judiciário para decidir questões relativas a políticas públicas, haja vista que seus membros não são eleitos e suas escolhas não se submetem ao escrutínio da população. Por seu turno, os defensores da intervenção judicial propugnam por uma compreensão mais ampla de democracia, na qual o funcionamento independente do Poder Judiciário e das demais instituições públicas de controle desempenha papel crucial na garantia dos direitos contemplados no ordenamento jurídico.

<sup>144</sup> A pesquisadora tratou especificamente sobre o tema em sua dissertação de mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, intitulada “As ações coletivas e os limites democráticos à judicialização das políticas públicas sociais no Brasil”, defendida no ano de 2009, sob a orientação da Prof. Dra. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau.

ações coletivas e pretende indicar caminhos extrajudiciais que se revelem mais adequados e eficazes à solução de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas.

### **3.2 A incorporação do ciclo das políticas públicas às dimensões da análise e da resolução do conflito**

Quando determinada política pública é questionada pela via judicial, a pretensão do autor da ação se consubstancia no pedido formulado na petição inicial. Assim, o pedido do autor traduz o resultado almejado em relação à política pública questionada e se refere comumente à sua efetiva *implementação*. Sob essa perspectiva é que se pleiteiam, exemplificativamente, tutelas jurisdicionais visando à ampliação do número de vagas em escolas para assegurar a realização da política pública de educação, à disponibilização imediata e compulsória de leitos hospitalares para assegurar a realização da política pública de saúde de atendimento às urgências, à estruturação de determinado órgão ambiental com o objetivo de viabilizar suas atividades fiscalizatórias que garantem a efetivação da política pública ambiental previamente traçada.

Ocorre que a *implementação* de qualquer política pública constitui apenas uma das fases do seu ciclo de realização. Assim, embora o pedido formulado na petição inicial faça um recorte que se concentra no resultado de determinada política pública, há que se ter em vista todas as fases que antecederam aquela pretensão.

Conforme observa Klaus Frey, o ciclo de toda política pública comumente traçado pela bibliografia especializada perpassa as fases de formulação, implementação e controle dos resultados. Contudo, o autor propõe uma análise mais sofisticada que inclua as fases de percepção e definição de problemas, *agenda-setting*, elaboração de programas e decisão, implementação, avaliação e eventual correção da ação<sup>145</sup>.

Na fase da percepção e definição de problemas, considera-se um número infinito de possíveis campos de ação política, de modo que um fato pode ser percebido, pela primeira vez, como um problema por grupos sociais isolados, mas também por políticos, grupos de políticos ou pela administração pública. Além disso, a mídia e outras formas da comunicação política e social também contribuem para que seja atribuída relevância política a um problema peculiar<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 21, p. 212-259, jun. 2000, p. 226.

<sup>146</sup> FREY, Políticas públicas..., 2000, p. 227.

Contudo, somente na fase denominada “*agenda setting*” é que se decide se um tema efetivamente será inserido na pauta política ou se deverá ser excluído ou adiado para uma data posterior. Para poder tomar essa decisão, é preciso pelo menos uma avaliação preliminar sobre custos e benefícios das várias opções disponíveis de ação, assim como uma avaliação das chances do tema ou projeto de se impor na arena política<sup>147</sup>.

Na fase de elaboração de programas e de decisão, impõe-se a escolha da mais apropriada entre as várias alternativas de ação. Normalmente precedem ao ato de decisão processos de conflito e de acordo envolvendo pelo menos os atores mais influentes na política e na administração<sup>148</sup>.

A fase de implementação, por seu turno, refere-se ao momento em que as ações acontecem, sendo possível constatar quais atores atuam e quais resultados são alcançados<sup>149</sup>.

Na fase da avaliação de políticas e da correção de ação (*evaluation*), apreciam-se os programas já implementados, momento em que são avaliados os déficits de impacto e os efeitos colaterais indesejados para que se possam deduzir consequências para ações e programas futuros. A avaliação ou controle de impacto pode, no caso de os objetivos do programa terem sido alcançados, levar ou à suspensão ou ao fim do ciclo político, ou, caso contrário, à iniciação de um novo ciclo, ou seja, a uma nova fase de percepção e definição e à elaboração de um novo programa político ou à modificação do programa anterior. Com isso, a fase da avaliação é imprescindível para o desenvolvimento e a adaptação contínua das formas e instrumentos de ação pública<sup>150</sup>.

Depreende-se, portanto, que a efetiva compreensão da insuficiência ou falha de determinada política pública não prescinde de análise que leve em consideração todo o seu ciclo de construção. Afinal, uma política pública não é algo que se possa avaliar, em profundidade, como boa ou ruim, eficiente ou ineficiente, satisfatória ou insuficiente, caso seja tomada em consideração como uma situação estática no tempo. Com efeito, as variáveis que frequentemente afetam seus resultados oscilam no tempo e são suscetíveis de influência por fatores previsíveis e imprevisíveis<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> FREY, Políticas públicas..., 2000, p. 227.

<sup>148</sup> FREY, Políticas públicas..., 2000, p. 228.

<sup>149</sup> FREY, Políticas públicas..., 2000, p. 228.

<sup>150</sup> FREY, Políticas públicas..., 2000, p. 228-229.

<sup>151</sup> Pense-se, por exemplo, no impacto em relação à ocupação do sistema prisional a partir do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que se revela admissível a prisão após condenação em segunda instância, independentemente da presença dos requisitos da prisão cautelar. Nesse caso, a partir de apenas um julgamento, milhares de prisões antes não antevistas com proximidade poderão ser decretadas, causando uma ocupação repentina, sob o ponto de vista da previsibilidade temporal, do

Assim, na percuciente análise de Guilherme Barreiro e Renata Furtado, quando as políticas públicas são discutidas no Poder Judiciário, geralmente constata-se uma inversão na análise das fases do seu ciclo, pois a discussão se inaugura na justiça pela falha na implementação, tal como narrada na petição inicial, de modo que se torna completamente ressignificada pela atividade jurisdicional<sup>152</sup>. Dessa forma, assuntos relacionados com a formulação, tais como a cogitação de soluções técnicas alternativas, não são discutidos, já que o processo adstringe-se ao pedido. Tal aspecto se revela ainda mais problemático nas ações individuais, pois apenas a situação individual e específica vivida pelo autor é analisada.

Nesse contexto, a compreensão das políticas públicas como atividades cíclicas, isto é, constituídas a partir de fases interdependentes e progressivas, revela-se de crucial importância para o tratamento de conflitos que se originam a partir de questionamentos sobre as falhas em sua implementação. Caso tal compreensão não seja considerada, corre-se o risco de adoção de soluções artificiais, paliativas, provisórias e potencialmente prejudiciais ao planejamento anteriormente formulado.

### **3.3 O espaço discursivo do processo coletivo judicial em face das complexidades inerentes ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**

O exercício do controle judicial de políticas públicas, no ordenamento jurídico brasileiro, normalmente se reveste de uma carga semântica positiva, pois compreendido como instrumento concretizador dos direitos assegurados na Constituição da República de 1988. Afinal, a veiculação de pretensões que impliquem obrigações de fazer que se consubstanciem em atendimento aos direitos à saúde, à educação, à moradia, ao saneamento básico, à proteção ao meio ambiente, dentre outros, além de evidenciar possíveis omissões estatais, propõe-se, em tese, a saná-las em benefício dos cidadãos.

Ocorre que, como bem observa Vanice Regina Lírio do Valle, o modelo que se aplica ao controle judicial de políticas públicas no cenário brasileiro consiste em uma adjudicação tradicional que se opera a partir da lógica credor-devedor<sup>153</sup>, situando em lados necessariamente opostos os cidadãos e o Poder Público. Parte-se essencialmente da percepção

---

sistema prisional. Assim, a análise percuciente da política pública de segurança em questão, no que se refere a eventual superlotação carcerária, não poderá ser atribuída unicamente, nesse caso, à falta de planejamento dos órgãos encarregados do sistema prisional.

<sup>152</sup> BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Moraes. Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro 49(2):293-314, mar./abr. 2015, p. 308.

<sup>153</sup> VALLE, Controle judicial..., 2013, p. 395.

de que qualquer disfunção em uma política pública ou no provimento a um específico direito fundamental decorreria do caráter intrinsecamente mau do Estado, ao qual se contrapõe sempre o cidadão bom e vitimizado pelo poder que tiraniza e oprime. Com extrema lucidez, a autora adverte que a complexidade das relações sociais e as dificuldades valorativas inerentes a cada uma das escolhas alocativas devem lançar luzes à compreensão de que o Estado – como instituição humana que erra e acerta – precisa de enriquecimento no seu processo de decisão e não tem por princípio a resistência à garantia de direitos sociais<sup>154</sup>.

Ao indicar os possíveis riscos de uma jurisdição essencialmente verticalizada e substitutiva da atividade da Administração Pública, a citada autora sustenta que o debate atual deve se dar não mais a partir das velhas perspectivas da sindicabilidade ou não dos direitos sociais, mas por meio de uma compreensão ampliada do processo democrático<sup>155</sup> que subjaz as deliberações e escolhas que visam a concretizar esses direitos. Além disso, alerta-se para a possibilidade de assunção de um caráter puramente simbólico no que diz respeito à efetiva transformação promovida pela deliberação judicial fundada num conflito que se estabeleceu exclusivamente a partir da matriz do raciocínio jurídico, sem os necessários elementos que nortearam a adoção da política pública no caso específico<sup>156</sup>, em especial nas hipóteses em que a previsão legal não é suficientemente densa em relação ao traçado da atividade estatal.

Nessa linha de raciocínio, deve-se ainda acrescentar que a ausência de compreensão, ou a compreensão insuficiente, das variáveis que moldam a política pública considerada, tanto por parte dos autores da ação coletiva quanto do próprio julgador, podem dar ensejo a títulos executivos judiciais sem a necessária precisão no que se refere às medidas exigíveis para tornar efetivos os comandos neles contidos, transferindo o mesmo debate travado no processo de conhecimento para a fase do cumprimento de sentença.

A lógica do credor-devedor acima mencionada reflete a estrutura processual clássica calcada na relação jurídica processual<sup>157</sup>, cuja pretensa neutralidade e abstração

---

<sup>154</sup> VALLE, Controle judicial..., 2013, p. 399.

<sup>155</sup> VALLE, Controle judicial..., 2013, p. 388.

<sup>156</sup> VALLE, Controle judicial..., 2013, p. 397.

<sup>157</sup> A teoria que concebe o processo como relação jurídica, fruto da sistematização de Oskar Von Bülow em sua obra Teoria das exceções e pressupostos processuais, originalmente publicada em 1868, constituiu o marco da autonomia do direito processual em relação ao direito material, significando grande avanço em sua época. Contudo, como a concepção de relação jurídica processual pressupõe a existência de um direito subjetivo que exsurge do descumprimento da obrigação de uma parte (devedora) em relação à outra (credora), estando pois atrelada às concepções de direito privado de cunho individual, a mencionada teoria revela-se insuficiente para explicar os modelos processuais publicísticos que se desenvolveram e se afirmaram com o Estado Democrático de Direito, em especial no que se refere às pretensões veiculadas por meio de ações como o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, mandado de injunção, dentre outras.

buscaram-se superar com a ideia de um procedimento adequado à tutela dos direitos e aberto à efetiva participação das partes na formação da decisão<sup>158</sup>. Entretanto, por mais que as concepções mais contemporâneas de processo não prescindam da defesa e da valorização da efetiva participação no provimento jurisdicional, algumas limitações remanescem ao alcance dessa participação. A primeira delas é a de que, a princípio, apenas as partes formais da ação estão aptas a participar, ressalvadas as hipóteses de intervenções de terceiros, inclusive de *amicus curiae*<sup>159</sup>. A segunda limitação refere-se à previsão de que “*é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado*” (artigo 492 do CPC/15, que reproduziu o disposto no artigo 460 do CPC/73), bem como de que “*a decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional*” (parágrafo único do artigo 492 do CPC/15, que reproduziu o disposto no parágrafo único do artigo 460 do CPC/73)<sup>160</sup>. Tais previsões, apesar de se revelarem adequadas ao processo civil individual, não refletem as necessidades possíveis de serem descortinadas nas ações coletivas cujo objeto incida sobre políticas públicas<sup>161</sup> ou até mesmo em ações em que se discutam complexas relações de direito privado com repercussão coletiva<sup>162</sup>.

<sup>158</sup> MARINONI, *Teoria geral ...*, 2006, p. 396-401.

<sup>159</sup> A intervenção do *amicus curiae* foi assim regulamentada, no Título destinado à Intervenção de Terceiros, no CPC/15: Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

<sup>160</sup> Por força do disposto no art. 19 da Lei de Ação Civil Pública e no art. 90 do Código de Defesa do Consumidor, as disposições do Código de Processo Civil aplicam-se supletivamente à disciplina das ações coletivas.

<sup>161</sup> O Projeto de Lei nº 8.508/2014, que pretende instituir um tipo especial de processo para controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, prevê, em seu artigo 18, a possibilidade de que o juiz possa determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis.

<sup>162</sup> A propósito de relações complexas de direito privado, Arenhart formula interessante exemplo hipotético: “Imagine-se uma demanda de reintegração de posse, de área ocupada por movimento social. A pretensão do autor será, obviamente, a retomada imediata do imóvel; a resistência dos réus simboliza a tentativa de manutenção da área, especialmente com o propósito de sensibilizar o governo para os problemas sociais ligados à terra. Uma solução judicial que esteja condicionada, apenas, a acolher ou a rejeitar, no todo ou em parte, o pedido do autor, certamente gerará soluções inadequadas. Optando pelo deferimento da medida reintegratória, pode-se agravar um problema social, com a remoção de família inteiras, que poderão ocupar outro imóvel ou insistir em outros meios mais violentos para fazerem-se ouvir. A rejeição do pedido, por outro lado, implicará negativa ao direito de posse/propriedade, um dos pilares do direito privado moderno, com consequências também nefastas, a par de gerar reações certamente graves no âmbito dos conflitos agrários”. (ARENHART, *Decisões estruturais...*, 2013, p. 389-410). Embora se trate de exemplo hipotético,



Com o objetivo de superar as limitações impostas pela estrutura tradicional do processo coletivo brasileiro às discussões encetadas no âmbito das ações coletivas que versem sobre políticas públicas, algumas interessantes soluções têm sido suscitadas pela doutrina nacional. Argumenta-se sobre a necessidade de um processo em que efetivamente se possa permitir a participação social, o conhecimento a fundo do problema discutido e a gestão adequada do litígio<sup>163</sup>. Questiona-se, ainda, a legitimidade democrática da construção que atribui a um porta-voz (considerado representante adequado por força da lei) a possibilidade de defesa de interesses coletivos em nome de grupo de indivíduos que sequer foram efetivamente ouvidos antes da propositura da ação, propondo-se, a partir desse questionamento, a adoção de um modelo processual do tipo *town meeting* que oportunize a oitiva adequada dos interessados e a atuação de mais de um legitimado coletivo<sup>164</sup>. Defende-se, também, nos conflitos marcados por restrições fáticas e limitações orçamentárias, a necessidade de imposição às partes de um dever de participação que possibilite que o julgador construa, em cooperação com a coletividade e com a Fazenda Pública, a solução de maior racionalidade prática, haja vista que, embora se reconheça a imperatividade da decisão judicial como manifestação do poder estatal, destaca-se a importância de que ela também se legitime por sua força intrínseca de persuasão obtida por meio da colaboração dos protagonistas do processo<sup>165</sup>.

Contudo, verifica-se que as soluções suscitadas – participação qualificada, conhecimento profundo do problema, gestão adequada do conflito, *town meeting* e construção da decisão de maior racionalidade prática – ainda não tocam o cerne dos problemas envolvidos na judicialização de políticas públicas complexas, uma vez que se voltam para a faceta do conflito efetivamente levada à análise do Poder Judiciário. Tais soluções desconsideram as dimensões do diagnóstico, do planejamento e das causas ocultas do conflito. Com efeito, nota-se que, não raras vezes, as pretensões coletivas veiculam pedidos que refletem necessidades imediatas de determinados grupos de indivíduos ou da sociedade

---

não são raros os casos que contemplem essas espécies de conflitos, conforme qualificado estudo realizado no ano de 2015 pelo Programa Cidade e Alteridade: Convivência Multicultural e Justiça Urbana, da Universidade Federal de Minas Gerais, intitulado “Relatório pelo direito fundamental à moradia adequada: estudo do caso de ocupações urbanas em Belo Horizonte e região metropolitana”, coordenado pelas professoras doutoras Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias. Disponível em: <[http://www.cidadeealteridade.com.br/wp-content/uploads/2015/12/relatorio\\_cidade-e-alteridade-ocupacoes.pdf](http://www.cidadeealteridade.com.br/wp-content/uploads/2015/12/relatorio_cidade-e-alteridade-ocupacoes.pdf)>. Acesso em: 06 mar. 2017.

<sup>163</sup> ARENHART, Decisões estruturais..., 2013, p. 409.

<sup>164</sup> LIMA, *O devido processo...*, 2015, p. 571 e 611.

<sup>165</sup> VIOLIN, *Processo coletivo...*, 2011, p. 147-148.

como um todo em face do Estado, mas não as confrontam com as demais necessidades sociais ainda não atendidas.

Assim, sob o ponto de vista do autor da ação coletiva, um primeiro questionamento que deve ser feito antes da propositura da ação é: essa política pública é mesmo prioritária? Quando essa análise não é feita no momento adequado, após o ajuizamento da ação o aspecto da prioridade deixa de ser tão relevante para a solução final da demanda. Afinal, não é possível um provimento jurisdicional que conclua que “*o pedido é procedente, mas não agora*”<sup>166</sup>. Ademais, caso o pedido seja julgado improcedente – seja pela insubsistência da causa de pedir, pela falta de amparo do ordenamento jurídico à pretensão deduzida ou até mesmo em virtude da compreensão de que se trata de escolha discricionária típica do administrador público – perde-se a oportunidade de que o planejamento daquela política pública questionada seja formal e seriamente colocado em perspectiva pelos envolvidos. Por outro lado, caso o pedido seja julgado procedente, impor-se-á à Administração Pública uma obrigação de fazer que, naquele momento, não se revelaria prioritária diante de outras necessidades inadiáveis. Em última análise, nos casos em que as ações coletivas são propostas sem o necessário prévio diagnóstico do problema e da sua compreensão sob o ponto de vista do planejamento da política pública, a sociedade perde tanto com o julgamento de procedência quanto com o de improcedência do pedido.

Obviamente, nem todos os questionamentos relativos a políticas públicas levados à apreciação judicial padecem de eventual incerteza quanto à efetiva necessidade da medida. Contudo, a forma como a questão é trazida à apreciação judicial pode obscurecer ou mascarar a verdadeira causa do conflito. O exemplo a seguir pretende ilustrar essa possibilidade.

Pense-se, por exemplo, numa ação coletiva que vise à ampliação do número de leitos de atendimento em unidades de terapia intensiva em determinado hospital regional. A causa de pedir da ação baseia-se no longo tempo de espera a que os pacientes ficam submetidos em unidades de saúde inadequadas ao atendimento de seu grave estado de saúde, antes que sejam transferidos para as unidades de atendimento qualificado de urgência e

---

<sup>166</sup> Segundo a precisa observação de Arenhart: “Vale dizer que, no processo tradicional, o juiz realmente está adstrito a “acolher ou rejeitar, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor”, na exata dimensão do que afirma o art. 459, do CPC brasileiro [art. 490, CPC/15]. A tarefa judicial, portanto, se limita a uma escolha entre duas posições jurídicas: aquela representada pelo autor e aquela outra, dada pelo réu. Ainda que o magistrado perceba que nenhuma dessas duas posições oferece a melhor solução para o problema examinado, não pode ele desviar-se de uma das “propostas” oferecidas pelas partes, nem impor condições ao acolhimento de uma das posições antagônicas postas no processo (art. 460, parágrafo único, do CPC brasileiro [art. 492, CPC/15]). Diversos outros institutos processuais orbitam a lógica binária acima exposta. A noção de causa de pedir, a definição do thema probandum no processo, os limites da coisa julgada material e várias outras figuras têm impregnada na sua essência a marca dessa visão bipolar do processo civil”. (ARENHART, Decisões estruturais..., 2013).

emergência. Nesse contexto, o autor da ação coletiva concebe que a solução adequada para o problema seja aumentar o número de leitos para atender, a tempo e modo, toda a demanda. Contudo, suponha-se que, durante uma audiência pública, designada no curso do processo judicial para ouvir gestores locais de unidades de saúde nas quais os pacientes ficam aguardando transferência, seja noticiado que um número expressivo dos pedidos de transferência de pacientes para leitos em unidades melhor equipadas para atendimento de urgência e emergência refere-se a pacientes com fraturas ortopédicas em membros inferiores e superiores, cujo atendimento estritamente necessário consistiria na realização de uma rápida e simples cirurgia. Contudo, diante da inexistência de profissionais especializados em ortopedia nas unidades locais de tratamento de saúde, constata-se que os gestores viam-se compelidos a acionar a Central Regional de Regulação de Internações Hospitalares de Urgência e Emergência<sup>167</sup> para obter uma vaga em hospital maior, no qual o atendimento especializado pudesse ser prestado com a urgência necessária. Diante dessa situação fática, verifica-se que, em verdade, uma das causas reais do problema, ao contrário da alegada insuficiência de leitos, tratava-se da falta de profissionais de ortopedia em unidades locais de saúde.

Dessa forma, para além da solução pretendida na inicial da ação coletiva, isto é, a ampliação do número de leitos em unidades de atendimento qualificado de urgência e emergência, podem ser vislumbradas outras soluções, quais sejam:

- 1) a contratação de profissionais de ortopedia para trabalharem nas unidades de saúde locais, possibilitando a realização de pequenas cirurgias;
- 2) a formação de consórcios intermunicipais de saúde voltados, dentre outras finalidades, para o atendimento e tratamento ortopédico concentrado de pacientes em clínica especializada;
- 3) a instituição de categorias de leitos com maior rotatividade, de modo que as demandas mais simples, conquanto urgentes, fossem administradas em apartado daquelas nas quais não há previsão de alta dos pacientes.

---

<sup>167</sup> A Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde está disciplinada na Portaria nº 1.559, de 1º de agosto de 2008. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1559\\_01\\_08\\_2008.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1559_01_08_2008.html)>. Acesso em: 07 mar. 2017.

A partir desse caso hipotético<sup>168</sup>, impõem-se, então, os seguintes questionamentos: o espaço discursivo do processo coletivo judicial tradicional – ou até do denominado processo coletivo estrutural em estágio de construção na doutrina brasileira – poderiam oferecer a oportunidade para outras reflexões e soluções além daquelas objetivamente descritas na petição inicial e na defesa do réu? A partir da realização da audiência pública mencionada, poderia a petição inicial ser aditada para alterar a causa de pedir e o pedido em virtude de informação trazida por terceiro? A partir da nova informação trazida na audiência pública, o autor da ação seria obrigado a se aprofundar na causa do problema ou poderia insistir no prosseguimento do processo tal como inicialmente delimitado em sua causa de pedir e pedido? Nesse último caso, como poderia agir o juiz diante de uma informação relevante noticiada, mas não comprovada, no processo? Poderia ser imposto um ônus probatório a um terceiro que apenas tenha participado da audiência pública e não figure como parte formal do processo?

Como se vê, inúmeros questionamentos se desdobram a partir das possíveis perplexidades surgidas durante o trâmite procedimental das ações coletivas que versam sobre políticas públicas complexas. Porém, conforme já ressaltado anteriormente, não constitui escopo desta pesquisa apresentar respostas para a solução adequada de conflitos coletivos no âmbito do processo judicial. Não obstante, o desenvolvimento do objetivo principal proposto não prescinde da demonstração das razões pelas quais a adoção dessa via judicial, preferencialmente como última medida, deve ser muito bem sopesada mediante a criteriosa compreensão da dimensão e das nuances do conflito<sup>169</sup>.

Com efeito, impõe-se a reflexão sobre a forma como, não raras vezes, a judicialização de determinadas políticas públicas, partindo de uma compreensão estática do

---

<sup>168</sup> Apesar de se tratar de um caso hipotético no contexto da pesquisa, a sua elaboração baseou-se em situação real informalmente narrada a esta pesquisadora por profissional que lida com o controle de políticas públicas de saúde na região metropolitana de Belo Horizonte. Até a data da conclusão deste trabalho, não houve a solução do problema e tampouco o ajuizamento de qualquer ação coletiva.

<sup>169</sup> A propósito do ajuizamento de diversas ações coletivas a partir do desastre ambiental ocorrido em Mariana, Município de Minas Gerais, em 5 de novembro de 2015, observou-se que: “(...) *houve o ajuizamento de uma multiplicidade de ações similares, todas elas tratando do mesmo tema, cada uma ao seu modo, mas todas buscando o ressarcimento dos prejuízos causados à coletividade. O direito brasileiro admite diversos legitimados para ações coletivas: os benefícios são evidentes, mas os riscos de ações desconexas e desarticuladas não é pequeno, e foi isso o que aconteceu no caso concreto em debate. Várias ACPs foram ajuizadas pelos mais diversos órgãos do Ministério Público (federal e estadual), bem como por órgãos da União e dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo; ações populares e centenas de ações ordinárias individuais, além de Termos de Ajustamento de Conduta isolados lançados pelos diversos legitimados dando ensejo a uma “colcha de retalhos”, incapaz de abrigar sequer os pés dos que tanto necessitavam de amparo”*. (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; VIEIRA, Renato Rodrigues; ADAMS, Luis Inácio Lucena. O desastre de Mariana: atuação interfederativa para superação dos impactos da maior tragédia da história do Brasil. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 02, p. 45-76, abr./jun. 2017, p. 51).

conflito<sup>170</sup>, implica a drástica simplificação de determinada realidade social e a açodada imposição de uma medida sobre a outra, sem as necessárias cautelas, resultando em prejuízos coletivos em detrimento da verdadeira transformação e melhoria aspiradas pela sociedade impactada.

A propósito de medidas judiciais que implicam a drástica simplificação de situações fáticas complexas, citam-se a seguir, como exemplos, análises de casos concretos de ações coletivas ajuizadas para buscar soluções à crise hídrica e à superlotação carcerária no estado de Minas Gerais.

Diante da extrema escassez de água e precariedade do abastecimento em determinado município mineiro, o Poder Judiciário local, atendendo aos pedidos formulados pelo autor coletivo, determinou “*o restabelecimento adequado, contínuo e regular de água potável, por meio de ações legais e eficazes, inclusive utilização de maior número de caminhões-pipa, perfurações e utilizações de poços artesianos, obedecendo às exigências legais e ambientais, no prazo de dez dias, sob pena de multa diária*” e ainda impôs que, no prazo das respostas, os réus deveriam apresentar “*detalhado e completo diagnóstico de todo o sistema hídrico do município, especificando as características, deficiências, tempo estimado para o definitivo restabelecimento, capacidade de reservação e estado de preservação dos mananciais, sob pena de multa*”<sup>171</sup>.

A situação fática tratada no caso acima exemplificado se traduzia em consequência, em especial, de período de evidente estiagem prolongada, para o qual, ao que parece, o ente público municipal e a empresa concessionária de abastecimento de água não haviam se preparado ou implementado ações preventivas. Como reação à crise hídrica instalada, algumas medidas emergenciais foram adotadas, sem o êxito esperado, e consideradas insuficientes pelo autor coletivo. O pedido foi julgado procedente em primeira

---

<sup>170</sup> No que concerne à tensão entre a concepção estática dos conflitos, tradicionalmente adotada pela ciência do direito, e o caráter dinâmico das políticas públicas, cumpre-se registrar a percuciente análise de Valle: “(...) esse tipo de perspectiva inerente às políticas públicas – da multiplicidade e do continuum – só muito recentemente passou a admitir consideração pela ciência do direito que até então operava muito mais a partir de uma lógica pontual, determinada no tempo, mais afeita à estática do que à dinâmica, mais orientada ao encontro da única resposta, do que ao reconhecimento das plúrimas possibilidades. Têm-se, então, um motivo de estranhamento entre as duas áreas do conhecimento: como conciliar uma ciência que tradicionalmente opera sob a ótica da rigidez e da retrospectiva, como o direito, com uma outra seara do conhecimento que opera necessariamente com a adaptabilidade e a necessária visão de futuro? Desse estranhamento, resulta o risco de um encontro despreparado entre os dois sistemas cognitivos, com uma apropriação pelo direito do discurso do controle das políticas públicas, numa prática mais retórica do que incorporadora dos potenciais úteis desse mesmo conceito, particularmente no plano da garantia de direitos fundamentais” (VALLE, Controle judicial..., 2013, p. 35).

<sup>171</sup> TJMG, Agravo 1.0000.14.066336-0/001, Relator: Des.(a) Bitencourt Marcondes, Órgão julgador: Órgão Especial, Data de julgamento: 12/02/2015; Data da publicação: 27/02/2015.

instância, determinando-se as medidas acima descritas. Contudo, em sede de julgamento do agravo interposto contra a decisão liminar do juízo de primeiro grau, entendeu-se que “*não se pode considerar razoável, em sede de controle judicial de políticas públicas, impor-se à Administração o adimplemento de obrigação, cuja satisfação, a curtíssimo prazo, dependa principalmente de fatores naturais, sobre os quais não se tem domínio*”<sup>172</sup>. Ademais, impõe-se notar que, apesar de o autor coletivo ter se insurgido diretamente contra o sintoma do problema – a falta de abastecimento de água na área urbana –, em verdade, a sua principal possível causa, isto é, o estado de preservação dos mananciais, ainda iria ser averiguado no curso da ação, mediante a imposição de realização de diagnóstico ao Poder Público, conforme requerido na inicial.

No que se refere às ações coletivas ajuizadas para se contrapor à superpopulação de presos recolhidos nas cadeias, presídios e penitenciárias em diversas comarcas do Estado de Minas Gerais, verificou-se que foram impostas inúmeras ordens, confirmadas em grau recursal, que determinaram a transferência imediata de presos para outras unidades prisionais ou que impediram o aporte de novos presos<sup>173</sup>. Como consequência, as unidades prisionais de remanejamento situadas na região metropolitana da capital passaram a receber todos os novos contingentes de encarcerados, causando novos problemas de superpopulação e condições indignas de restrição da liberdade<sup>174</sup>. Com a superveniência de ordens de interdição nessas unidades centrais, proibindo-se o ingresso de novos presos, outras decisões outrora proferidas em outras comarcas passaram a ser descumpridas, haja vista a absoluta impossibilidade fática, diante do significativo déficit de vagas estadual, do cumprimento simultâneo de todas elas.

Advirta-se que não se pretende, com essas descrições acima analisadas, desmerecer as iniciativas que optaram por levar tais problemas e conflitos à análise do Poder Judiciário. De fato, diante da iminência de graves situações de crise e sérios riscos de violação

---

<sup>172</sup> TJMG, Agravo 1.0000.14.066336-0/001, Relator: Des.(a) Bitencourt Marcondes, Órgão julgador: Órgão Especial, Data de julgamento: 12/02/2015; Data da publicação: 27/02/2015.

<sup>173</sup> TJMG, Apelação Cível nº 1.0220.14.000117-7/002, Relator (a): Des. Hilda Teixeira da Costa, Órgão julgador: 2ª Câmara Cível, Data de julgamento: 09/06/2015, Data da publicação: 12/06/2015; Agravo de Instrumento nº 1.0433.14.005280-7/001, Relator: Des.(a) Elias Camilo, Órgão julgador: 3ª Câmara Cível, Data do julgamento: 09/10/2014, Data da publicação: 24/10/2014; Agravo de Instrumento nº 1.0295.13.001992-6/001, Relator: Des.(a) Corrêa Junior, Órgão julgador: 6ª Câmara Cível, Data do julgamento: 15/07/2014, Data da publicação: 25/07/2014.

<sup>174</sup> Sobre a superpopulação carcerária do Centro de Remanejamento do Sistema Prisional (CERESP) da Gameleira, em Belo Horizonte, e dos presídios de Ribeirão das Neves e São Joaquim de Bicas, na região metropolitana de Belo Horizonte, decorrente da crise do sistema prisional estadual, vide: <<http://www.otempo.com.br/cidades/ceresp-tem-in%C3%ADcio-de-rebeli%C3%A3o-1.1052559>> e <<http://ribeiraodasneves.net/index.php?section=1&content=4483>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

a direitos fundamentais, a adoção de medidas judiciais revela-se imperiosa e necessária, ainda que, no futuro, mostrem-se insuficientes.

Contudo, os exemplos acima descritos objetivam, em verdade, demonstrar as dificuldades inerentes à discussão judicial de políticas públicas complexas, cuja compreensão e solução são frequentemente recortadas no objeto do processo. Como consequência, os conflitos não são resolvidos com efetividade e acabam por reproduzir os mesmos problemas que os originaram.

### **3.4 Impasses processuais do cumprimento de sentenças que implicam obrigações de fazer em face do Poder Público sob uma perspectiva comparada**

Em célebre síntese, já observou Norberto Bobbio que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. Em seguida, o autor acrescenta que esse se trata de um problema não filosófico, mas jurídico, pois a questão mais relevante não é a de saber quais e quantos são esses direitos e sim “qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”<sup>175</sup>.

A percepção de Norberto Bobbio bem ilustra um dos mais significativos desafios a serem enfrentados pelo direito processual no que se refere à efetiva proteção de direitos coletivos que dependam, para a sua concretização, do cumprimento de ordens judiciais que imponham obrigações de fazer ao Poder Público, notadamente aquelas que impliquem o emprego de recursos financeiros e humanos para a sua consecução. Afinal, conforme exposto no item anterior, nem toda sentença de procedência significa, necessariamente, a proteção ao direito a que se pretendeu tutelar.

Perscrutando-se o ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que a CR/88 estabeleceu em seu artigo 100 e parágrafos, com previsão detalhada, a forma de cumprimento de ordens judiciais que imponham às Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais o pagamento de quantia específica em dinheiro. Ao tratar do assunto, o CPC/15 apenas remete à previsão constitucional (artigo 535, §3º, I e artigo 910, §1º). Por outro lado, em se tratando do cumprimento de obrigações de fazer e não fazer impostas ao Poder Público pelo Poder Judiciário, o texto constitucional não contempla previsão específica, deixando a cargo da legislação infraconstitucional a regulamentação da matéria.

---

<sup>175</sup> BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 16-17.

O CPC/15, por seu turno, reproduzindo previsão da lei processual anterior com algumas poucas alterações, disciplinou a questão em seus artigos 536<sup>176</sup> e 537<sup>177</sup>. A LACP (Lei nº 7.347/85), em seu artigo 11<sup>178</sup>, e o CDC (Lei nº 8.078/90), em seu artigo 84<sup>179</sup>, também disciplinam a matéria, com conteúdo semelhante às normas da legislação processual comum. Depreende-se, assim, que as previsões legais contêm cláusulas abertas que atribuem à discricionariedade do julgador a adoção de medidas que correspondam ao resultado prático pretendido pelo autor da ação.

Sob o ponto de vista das decisões que imponham o cumprimento de obrigações de fazer individuais, que impliquem a prática de determinada conduta por um agente público ou pelo particular, é possível vislumbrar a corriqueira aplicabilidade e efetividade das normas em comento. Ainda que se trate, por exemplo, de uma decisão judicial que determine o fornecimento de medicamentos de alto custo ou a realização de uma complexa cirurgia em favor de determinado paciente, o cumprimento da ordem, caso não se dê no prazo assinalado, poderá ser assegurado mediante o correspondente bloqueio de valores nas contas do ente responsável, permitindo a sua liberação em favor do pagamento direto ao beneficiário para custeio da providência determinada<sup>180</sup>.

Entretanto, no que concerne aos comandos judiciais que implicam mudanças significativas na rotina de atividades de instituições públicas, impondo verdadeiras reformas estruturais, verifica-se que as previsões da legislação processual são pouco úteis para orientar o operador do direito na adoção das necessárias medidas com vistas ao cumprimento daquelas ordens. Trata-se, na linha do que asseverou Bobbio, de um problema jurídico.

---

<sup>176</sup> Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

<sup>177</sup> Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

<sup>178</sup> Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

<sup>179</sup> Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

<sup>180</sup> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas para garantir o cumprimento de decisão judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde, conforme entendimento assentado no julgamento do REsp 1.069.810/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 6/11/2013.



De fato, conforme observam Cesar Garavito e Diana Franco, as perspectivas teóricas e dogmáticas dominantes têm avançado consideravelmente na elucidação conceitual e no impulso prático da justiciabilidade dos direitos sociais – direitos esses que, por excelência, implicam prestações positivas estatais. Contudo, sua ênfase quase exclusiva na fase de produção de sentenças tem criado um ponto cego, tanto analítico quanto prático: a etapa de implementação das decisões<sup>181</sup>.

Mangabeira Unger, ao identificar o surgimento de uma nova forma de provimento jurisdicional que repercute em questões estruturais, reconhece que se trata de uma forma diferente de adjudicação, a qual requer agentes, métodos e objetivos diversos daqueles inerentes ao estilo da adjudicação tradicional. Além disso, aponta que a ação coletiva é a ferramenta mais direta para a obtenção desse novo tipo de intervenção judicial, cujo principal objetivo consiste em remodelar uma organização ou específica área de prática social que estejam frustrando o efetivo exercício de direitos. O autor adverte, outrossim, que a execução de tais decisões complexas demanda uma combinação mais sofisticada de argumentos prescritivos, aliados à investigação causal, do que aquela que tem sido característica dos operadores do direito<sup>182</sup>, tendo em vista sobretudo a dificuldade de se identificar os limites da intervenção judicial.

Atenta às transformações do processo judicial, Vanice Regina Lírio do Valle recorda que, no conflito de interesses tradicional, ao qual se dedicou a teoria geral do processo no século XIX e no início do século XX, a prestação da jurisdição ocorria tendo em conta uma visão retrospectiva, de modo a identificar o problema e a lesão a direito a ser superada, em um cenário em que a decisão judicial tinha em conta um fato consumado – ressaltando-se os provimentos cautelares – e a prestação jurisdicional deveria recair sobre os seus efeitos. Contudo, no século XXI, no campo do controle judicial de políticas públicas, nota-se uma pretensão de intervenção prospectiva, com vistas a induzir ou produzir resultados futuros<sup>183</sup>.

Em específico estudo desenvolvido para tratar do problema referente ao cumprimento de decisões judiciais que determinam a concretização de direitos sociais, David Landau assevera, sob uma perspectiva pragmática, que o debate travado em torno da inclusão ou não de direitos sociais nas Constituições em verdade acabou ou não faz mais sentido, haja vista que as discussões acadêmicas chegaram perto do consenso de que os países devem

---

<sup>181</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Colección Dejusticia, 2010, p. 20.

<sup>182</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* London: Verso, 1996, p. 30-31.

<sup>183</sup> VALLE, Controle judicial..., 2013, p. 153.

incluir direitos sociais em suas Constituições<sup>184</sup>. Assim, partindo da compreensão de que os direitos sociais não devem ser direitos apenas no papel, o estudo de Landau se propõe a explorar o que o autor denominou de “progressivamente vibrante e variada jurisprudência sobre o que esses direitos significam e como eles devem ser executados”<sup>185</sup>.

Nesse contexto, Landau argumenta que existe uma desconexão básica entre as aspirações teóricas que vêm sendo feitas sobre o cumprimento de direitos sociais e a realidade empírica de sua concretização. Segundo o autor, o que se observa é que as cortes ao redor do mundo, em especial nos países em desenvolvimento, têm concedido inúmeras ordens referentes a benefícios sociais e tratamentos de saúde de alto custo favoráveis, respectivamente, a servidores públicos e a pessoas de classe média, em demandas de cunho individual. Nesses casos, embora as cortes possam agressivamente impor o cumprimento de suas decisões, o fato é que elas produzem nenhuma ou pouca transformação em favor dos grupos sociais marginalizados<sup>186</sup>.

De acordo com as experiências hauridas a partir de decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário da Colômbia e da Índia, Landau se propõe a demonstrar que formas estratégicas e não convencionais de execução, em especial por meio da utilização de ordens estruturais, podem produzir intervenções mais transformadoras em favor das pessoas mais pobres<sup>187</sup>. Apesar de a abordagem do estudo do autor focar a espécie de decisão proferida<sup>188</sup> e as possibilidades de sua respectiva execução, verifica-se que o pano de fundo da discussão sobre a busca da efetividade dos direitos sociais por meio do Poder Judiciário está relacionado, em essência, à forma individual ou coletiva com que a omissão estatal é levada ao conhecimento do juízo. Sob essa perspectiva, Landau conclui que a tutela coletiva se revela potencialmente mais transformadora da realidade social, justamente em virtude do seu maior alcance. Contudo, o autor logo adverte que a conclusão não é a de que as intervenções estruturais são a resposta correta para os problemas sociais – tendo em vista que poderão falhar em virtude de contextos políticos e dos altos custos que acarretam – mas a de que há

---

<sup>184</sup> Conforme será tratado no item 3.4.7, a Lei Fundamental da Alemanha não positivou direitos sociais em seu texto.

<sup>185</sup> LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. I, winter, 2012, p. 190.

<sup>186</sup> LANDAU, The reality of social..., 2012, p. 191.

<sup>187</sup> LANDAU, The reality of social..., 2012, p. 191.

<sup>188</sup> O autor se refere às denominadas individual injunctions, negative injunctions e structural injunctions.

uma necessidade premente da adoção de medidas judiciais inovadoras para que os direitos sociais possam cumprir a sua promessa de melhoria das condições de vida dos cidadãos<sup>189</sup>.

Passa-se, a seguir, a tratar de algumas experiências internacionais que, por seu caráter paradigmático em matéria de controle judicial de políticas públicas, lançam luzes sobre as reflexões que serão adiante desenvolvidas sobre os meios consensuais de resolução de conflitos coletivos de interesse público.

### *3.4.1 África do Sul*

Um dos casos mais emblemáticos de ordem judicial que objetivou provocar significativa interferência na realidade social de grupos de cidadãos marginalizados resultou da ação movida por Irene Grootboom e outros em face do Governo da República da África do Sul<sup>190</sup>, na qual a Corte Constitucional sul-africana reconheceu, no ano de 2000, que os Poderes Executivo e Legislativo daquele país haviam falhado em desenvolver um programa habitacional que pudesse atender às necessidades imediatas de pessoas que não possuíam qualquer moradia. Examinando-se o inteiro teor da decisão, verifica-se que o relator se propôs a realizar um louvável esforço hermenêutico no sentido de densificar o conteúdo do acesso ao direito de moradia adequada previsto na seção 26<sup>191</sup> da Constituição daquele país, bem como a dar efetividade à previsão contida na seção 26(2) que impõe ao Estado a obrigação de adotar razoáveis medidas legislativas e administrativas para garantir a progressiva realização daquele direito com os recursos disponíveis.

Apesar de reconhecer que a identificação do conteúdo essencial do limite mínimo do direito à moradia varia de acordo com inúmeros fatores - tais como renda, emprego, disponibilidade de terra urbana ou rural, pobreza, circunstâncias históricas e socioeconômicas

---

<sup>189</sup> LANDAU, The reality of social..., 2012, p. 191.

<sup>190</sup> Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000). Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

<sup>191</sup> Dispõe a seção 26 da Constituição Sul Africana: “26. Housing: (1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.” Tradução livre: 26. Habitação: (1) Toda pessoa tem o direito de ter acesso a moradia adequada. (2) O Estado deve tomar medidas legislativas e outras medidas razoáveis, dentro de seus recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva desse direito. (3) Ninguém pode ser despejado de sua casa, ou ter sua casa demolida, sem uma ordem judicial, depois de considerar todas as circunstâncias relevantes. Nenhuma legislação pode permitir despejos arbitrários.

de cada país, necessidades<sup>192</sup> e oportunidades dos cidadãos para o exercício do direito – e que a Corte não dispunha das informações necessárias para precisá-lo, reconheceu-se que as medidas até então adotadas pelo Estado não eram suficientes para atender a esse limite mínimo, razão pela qual se optou pela prolação de uma decisão declaratória, nos seguintes termos:

Fica declarado que:

(a) A seção 26(2) da Constituição requer que o Estado elabore e implemente com seus recursos disponíveis um responsável e coordenado programa destinado a realizar progressivamente o direito de acesso à moradia adequada.

(b) O programa deve incluir medidas razoáveis tais como, mas não necessariamente limitadas a essas, aquelas contempladas no Programa de Acordo Acelerado de Terra Administrada, providenciar alívio para as pessoas que não tenham acesso à terra, nenhum telhado sobre suas cabeças, e que estão vivendo em condições intoleráveis e situações de crise.

(c) Na data desta decisão, o programa de moradia estatal do Conselho Metropolitano de Cape não atende aos requisitos do parágrafo (b), uma vez que falhou em garantir razoável provisionamento de seus recursos disponíveis para as pessoas na área Metropolitana de Cape que não têm acesso à terra, nenhum teto sobre as suas cabeças, e que estão vivendo em condições intoleráveis e situações de crise<sup>193</sup>.  
(tradução livre)

Essa forma de decisão que reconhece a omissão estatal, mas não impõe as específicas medidas que devem ser adotadas para saná-la, foi denominada por alguns autores de “*weak form review*” ou maneira fraca de decidir<sup>194</sup>. Tal denominação decorre da circunstância de que a decisão, apesar de implicar alguma interferência do Poder Judiciário no modo de agir dos Poderes Executivo e Legislativo, não se afeta diretamente o modo como políticas públicas complexas deverão ser elaboradas e implementadas. Contudo, fato é que a decisão também se revelou fraca em seus efeitos, haja vista que não produziu avanços significativos na garantia do direito à moradia na África do Sul<sup>195</sup>.

<sup>192</sup> Ao detalhar o grau de dificuldade para definir o conteúdo mínimo do direito à moradia, a Corte ponderou que há cidadãos que precisam de terra, outros que precisam de terra e moradia, e outros que precisam de assistência financeira.

<sup>193</sup> It is declared that: (a) Section 26(2) of the Constitution requires the state to devise and implement within its available resources a comprehensive and coordinated programme progressively to realise the right of access to adequate housing. (b) The programme must include reasonable measures such as, but not necessarily limited to, those contemplated in the Accelerated Managed Land Settlement Programme, to provide relief for people who have no access to land, no roof over their heads, and who are living in intolerable conditions or crisis situations. (c) As at the date of the launch of this application, the state housing programme in the area of the Cape Metropolitan Council fell short of compliance with the requirements in paragraph (b), in that it failed to make reasonable provision within its available resources for people in the Cape Metropolitan area with no access to land, no roof over their heads, and who were living in intolerable conditions or crisis situations.

<sup>194</sup> LANDAU, *The reality of social...*, 2012, p. 197.

<sup>195</sup> LANDAU, *The reality of social...*, 2012, p. 198.

Cerca de uma década após a decisão proferida no caso Grootboom, e haurindo-se das experiências decisórias obtidas desde então, a Corte Constitucional sul-africana desenvolveu, no ano de 2008, uma medida inovadora voltada para solucionar casos relativos ao efetivo exercício do direito à moradia. No caso da ação movida pelos ocupantes da Olivia Road em face da Cidade de Joanesburgo<sup>196</sup>, discutiu-se a obrigatoriedade de que o ente público local proporcionasse adequada moradia para os cidadãos que haviam sido despejados de suas residências em prol da implementação de um programa de reestruturação urbana. Quando a questão chegou à Corte Constitucional, foi expedida uma ordem de compromisso ou negociação, então denominada de “*engagement*” (compromisso), para que as partes estabelecessem significativas negociações entre si com o intuito de resolver diferenças e dificuldades, à luz dos valores constitucionais, em especial dos deveres do ente público e dos direitos dos cidadãos envolvidos, e em seguida reportassem à Corte os resultados obtidos<sup>197</sup>. Após alguns meses de negociação, o acordo obtido foi considerado extremamente satisfatório<sup>198</sup> e descortinou as possibilidades da medida inovadora adotada pela Corte.

Dentre as conquistas dos autores da ação, a Cidade de Joanesburgo concordou em cessar suas iniciativas visando ao despejo dos moradores e, em vez de demolir, adotar medidas específicas para tornar os antigos edifícios mais seguros e habitáveis, proporcionando limpeza, serviços de esgotamento sanitário e acesso a água. Além disso, antes

---

<sup>196</sup> Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg and Others (24/07) [2008] ZACC 1; 2008 (3) SA 208 (CC) ; 2008 (5) BCLR 475 (CC) (19 February 2008). Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.html>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

<sup>197</sup> Eis o integral conteúdo da ordem: “1. The City of Johannesburg and the applicants are required to engage with each other meaningfully and as soon as it is possible for them to do so, in an effort to resolve the differences and difficulties aired in this application in the light of the values of the Constitution, the constitutional and statutory duties of the municipality and the rights and duties of the citizens concerned. 2. The City of Johannesburg and the applicants must also engage with each other in an effort to alleviate the plight of the applicants who live in the two buildings concerned in this application by making the buildings as safe and as conducive to health as is reasonably practicable. 3. The City of Johannesburg and the applicants must file affidavits before this Court on or before 3 October 2007 reporting on the results of the engagement between the parties as at 27 September 2007. 4. Account will be taken of the contents of the affidavits in the preparation of the judgment in this matter for the issuing of further directions, should this become necessary.” Tradução livre: “1. A Cidade de Joanesburgo e os requerentes são obrigados a empenhar-se mutuamente de forma significativa e logo que lhes seja possível fazê-lo, num esforço para resolver as diferenças e dificuldades apresentadas nesta ação à luz dos valores da Constituição, dos deveres constitucionais e estatutários do município e dos direitos e deveres dos cidadãos envolvidos. 2. A cidade de Joanesburgo e os autores também devem se envolver em um esforço para aliviar a situação dos requerentes que moram nos dois edifícios envolvidos neste requerimento, tornando os edifícios tão seguros e conducentes à saúde quanto for razoavelmente praticável. 3. A cidade de Joanesburgo e os requerentes devem apresentar declarações perante este Tribunal até 3 de Outubro de 2007, o mais tardar, sobre os resultados do compromisso entre as partes em 27 de Setembro de 2007. 4. Será levado em conta o conteúdo das declarações na preparação do julgamento desta matéria para a emissão de outras orientações, caso isto se torne necessário”. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.html>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

<sup>198</sup> RAY, Brian. Engagement’s possibilities and limits as a socioeconomic rights remedy. *Washington University Global Studies Law Review*. v. 9, n. 3, p. 399-425, 2010, p. 401.

de realocar os moradores dos locais atingidos pelas obras de reestruturação urbana, o ente público concordou em restaurar diversos edifícios situados ao redor da cidade e a providenciar serviços essenciais a um preço razoável. Por fim, acordou-se ainda em relação à continuidade das tratativas para a adoção de soluções a longo prazo para o problema da habitação<sup>199</sup>.

Em relação à ordem de negociação propriamente dita, a Corte assentou o seguinte entendimento:

Deve-se ficar compreendido que o processo de engajamento funcionará somente se ambos os lados agirem de forma razoável e de boa fé. As pessoas que podem ficar sem-teto como resultado de uma ordem de despejo não devem, por sua vez, se contentar com uma atitude intransigente ou prejudicar o processo de engajamento fazendo exigências não negociáveis ou desarrazoadas. As pessoas que necessitam de alojamento não são e não devem ser consideradas como uma classe destituída de poder. Devem ser incentivadas a serem proativas e não meramente defensivas. As organizações da sociedade civil que apoiam as reivindicações dessas pessoas devem preferencialmente facilitar o processo de negociação de todas as formas possíveis.

Por último, deve ser mencionado que o sigilo é contraproducente para o processo de negociação. O valor constitucional da publicidade é hostil ao sigilo. Além disso, como já salientado, é dever de um tribunal tomar em consideração, antes que uma ordem de despejo que conduza à falta de moradia seja concedida para a municipalidade, se houve uma negociação significativa ou, pelo menos, se o município fez esforços razoáveis para tanto (...). A ausência de envolvimento ou a resposta desarrazoada de um ente público no processo de negociação devem ser considerados um fator relevante contra a concessão de uma ordem de despejo. (...) Deve ser enfatizado que o processo de negociação deve ocorrer antes do ajuizamento de qualquer ação, a não ser que não seja possível ou razoável fazer dessa forma por motivo de urgência ou qualquer outra razão relevante<sup>200</sup>. (tradução livre)

De forma surpreendente, a Corte sul-africana, em vez de especificar qual o conteúdo mínimo do direito à moradia sobre o qual se começou a cogitar no caso Grootboom, optou por referendar o acordo entabulado entre as partes e impor, doravante, a formalização do processo de negociação como um requisito constitucional para todos os futuros casos em

<sup>199</sup> RAY, Engagement's possibilities..., 2010, p. 402.

<sup>200</sup> "It must be understood that the process of engagement will work only if both sides act reasonably and in good faith. The people who might be rendered homeless as a result of an order of eviction must, in their turn, not content themselves with an intransigent attitude or nullify the engagement process by making non-negotiable, unreasonable demands. People in need of housing are not, and must not be regarded as a disempowered mass. They must be encouraged to be pro-active and not purely defensive. Civil society organisations that support the peoples' claims should preferably facilitate the engagement process in every possible way. Finally it must be mentioned that secrecy is counter-productive to the process of engagement. The constitutional value of openness is inimical to secrecy. Moreover, as I have already pointed out, it is the duty of a court to take into account whether, before an order of eviction that would lead to homelessness is granted at the instance of a municipality, there has been meaningful engagement or, at least, that the municipality has made reasonable efforts towards meaningful engagement (...). The absence of any engagement or the unreasonable response of a municipality in the engagement process would ordinarily be a weighty consideration against the grant of an ejection order (...) It must be emphasised that the process of engagement should take place before litigation commences unless it is not possible or reasonable to do so because of urgency or some other compelling reason" (Tradução livre). Occupiers of 51 Olivia Road..., p. 13-14 e 18.

que o Poder Público cogitasse sobre a possibilidade de pleitear o despejo de moradores para implementar políticas públicas urbanísticas. Além disso, considerou se tratar de uma obrigação do Estado o papel de encorajar o envolvimento das comunidades e organizações não governamentais nas decisões dos governos locais<sup>201</sup>. Desde a data da sua prolação, no ano de 2008, a decisão formatada em *Olivia Road*, segundo o modelo de “*engagement*”, é considerada um dos casos mais bem sucedidos de solução negociada até hoje<sup>202</sup>.

Após realizar detalhado estudo sobre outros dois casos<sup>203</sup> nos quais a técnica do “*engagement*” também foi empregada pela Corte sul-africana, mas sem o mesmo sucesso de *Olivia Road*, Brian Ray conclui que, ainda assim, essa modalidade decisória constitui uma das mais promissoras inovações na forma de se garantir o cumprimento de direitos sociais por meio do Poder Judiciário. Em sua análise, o autor acrescenta que, se as comunidades locais, as organizações não governamentais e os escritórios de advocacia que abraçam causas de interesse público aproveitarem a oportunidade para utilizar o “*engagement*” como uma ferramenta efetiva de intervenção em políticas públicas, desempenhando um papel proativo e relevante no desenvolvimento dessas políticas, a potencialidade do instrumento pode se revelar ainda maior<sup>204</sup>.

Verifica-se que, por meio da técnica decisória do “*engagement*”, não há propriamente uma prolação de decisão, por parte do Poder Judiciário, em relação ao conteúdo do direito material alegado pelos autores, ou sequer em relação à forma como tal direito deva ser exercido, uma vez que a responsabilidade é transferida para as partes envolvidas, cabendo-lhes engajar-se em negociações significativas, de forma razoável e de boa-fé, com vistas a alcançar um entendimento que considere os fatos e argumentos reciprocamente suscitados. Entretanto, caso a Corte considere que a postura adotada pelo Poder Público no processo de negociação tenha sido marcada pela ausência de seu envolvimento ou pelo oferecimento de uma resposta desarrazoada para a situação narrada pelos autores, torna-se possível que seja emitida uma ordem concreta em desfavor do ente público responsável pela política pública questionada.

A diferença marcante entre os casos *Grootboom* e *Olivia Road* consiste na circunstância de que, no segundo, as partes tiveram a oportunidade, após a exigência do “*engagement*” feita pela Corte, de verdadeiramente compreenderem seus respectivos pontos

---

<sup>201</sup> Occupiers of 51 Olivia Road..., p. 11.

<sup>202</sup> RAY, *Engagement's possibilities...*, 2010, p. 404.

<sup>203</sup> Os casos analisados foram *Mamba v. Minister of Soc. Dev.* 2008, Case No. CCT 65/08 (CC) e *Residents of Joe Slovo Community Western Cape v. Thubelisha Homes (Joe Slovo)* 2009 (9) BCLR 847 (CC).

<sup>204</sup> RAY, *Engagement's possibilities...*, 2010, p. 425.

de vista, esclarecendo-se as possibilidades concretas de atuação do Poder Público em relação ao direito de moradia questionado, bem como as soluções consideradas aceitáveis pelos cidadãos prejudicados pela ação estatal. Assim, em vez de ter como horizonte de solução do conflito a política pública considerada ideal pelos autores, partiu-se para a construção, no caso concreto, da melhor solução possível diante das peculiares circunstâncias fáticas e financeiras objetivamente aferíveis na situação, sopesando-se os argumentos e contra-argumentos discutidos e acordados diretamente pelos envolvidos.

### 3.4.2 Colômbia

Em relação às experiências da América Latina, César Rodríguez-Garavito confere especial destaque à atuação da Corte Constitucional da Colômbia dentre os casos que implicam intervenções substanciais em políticas públicas. Um dos julgamentos de maior relevo, segundo o autor, decorreu da agregação de mais de mil ações ajuizadas por representantes de famílias, bem como por associações e fundações que atuavam em defesa de pessoas desalojadas, as quais haviam sido forçadamente retiradas de suas casas em razão de conflitos armados no país<sup>205</sup>. Diante da ausência de uma política estatal séria e coordenada para oferecer ajuda emergencial para as famílias forçosamente removidas, a Corte declarou a existência de um “estado de coisas inconstitucional”, reconhecendo a violação massiva de direitos humanos em decorrência da aludida omissão<sup>206</sup>.

Após analisar detalhadamente as ações até então adotadas por diversos órgãos e entes públicos para garantir a proteção dos direitos da população que havia sido vítima de remoções forçadas, a Corte determinou ao Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada por Violência, dentre outras medidas, a formulação de um plano de ação destinado a superar as omissões constatadas<sup>207</sup>, bem como impôs a diversas autoridades

---

<sup>205</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1669-1698, 2011, p. 1669-1670.

<sup>206</sup> Sentença nº T-025/04, Corte Constitucional da República da Colômbia. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

<sup>207</sup> Dispôs a referida decisão, proferida em 22 de janeiro de 2004: “A más tardar el 31 de marzo de 2004, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia habrá de (i) precisar la situación actual de la población desplazada inscrita en el Sistema Único de Registro, determinando su número, ubicación, necesidades y derechos según la etapa de la política correspondiente; (ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; (iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; (iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (v) prever un plan de contingencia para el evento en que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la



governamentais que envidassem todos os esforços necessários para atender às metas por elas mesmas fixadas ou adaptá-las, assegurando-se sempre o efetivo exercício de direitos que garantissem condições de vida digna aos afetados<sup>208</sup>. Determinou-se, também, que fossem concedidas oportunidades para que as associações de defesa dos direitos das pessoas deslocadas pudessem participar de maneira efetiva na adoção de decisões voltadas para a superação do estado de coisas inconstitucional declarado, informando-as mensalmente sobre os avanços alcançados. Advertiu-se, ainda, que as autoridades locais deveriam receber diretamente pedidos de auxílios dos cidadãos atingidos, deixando-se de condicionar, conforme vinha sendo feito anteriormente, a concessão de qualquer auxílio ao ajuizamento da respectiva medida judicial<sup>209</sup>.

Rodríguez-Garavito e Diana Rodríguez Franco examinaram detidamente os efeitos diretos e indiretos dessa decisão da Corte Constitucional da Colômbia durante os seis anos que lhe seguiram<sup>210</sup>, de janeiro de 2004 a janeiro de 2010. Observaram que, nesse período, foram exaradas 84 decisões e realizadas 14 audiências públicas posteriores ao acórdão principal, as quais cuidaram de analisar as ações adotadas pelos entes públicos e impulsionar o espectro progressivo de proteção das pessoas ainda em situação de violação de direitos. Os autores chamam especial atenção para o fato de que, em vez de explicitar os meios pelos quais os requeridos deveriam implementar as ações, a Corte expediu ordens para que o próprio Poder Público, em colaboração com a sociedade civil, elaborasse o planejamento e a forma de execução da política pública questionada<sup>211</sup>. Além disso, os autores destacam a importância dos efeitos indiretos da decisão, em especial no que se refere à sua

---

cooperación internacional no lleguen en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas, a fin de que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación”.

<sup>208</sup> Após a ordem imposta ao Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada por Violência, determinou-se às demais autoridades públicas envolvidas que: “*Dentro del año siguiente a la comunicación de la presente sentencia, el Director de la Red de Solidaridad Social, los Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Interior y de Justicia, así como el Director del Departamento Nacional de Planeación y los demás miembros del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, realizarán todos los esfuerzos necesarios para asegurar que la meta presupuestal por ellos fijada se logre. Si dentro del lapso de ese año, o antes, resulta evidente que no es posible asignar el volumen de recursos establecido, deberán (i) redefinir las prioridades de esa política y (ii) diseñar las modificaciones que será necesario introducir a la política estatal de atención a la población desplazada. En todo caso, para la adopción de estas decisiones, deberá asegurarse el goce efectivo de los mínimos de los cuales depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad, señalado en la sección 9 de esta sentencia*”.

<sup>209</sup> Deliberou-se, no parágrafo oitavo do dispositivo da decisão, por “PREVENIR a todas las autoridades nacionales y territoriales responsables de la atención a la población desplazada en cada uno de sus componentes, que en lo sucesivo se abstengan de incorporar la interposición de la acción de tutela como requisito para acceder a cualquiera de los beneficios definidos en la ley. Tales servidores públicos deberán atender oportuna y eficazmente las peticiones, en los términos de la orden décima de esta sentencia”.

<sup>210</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, *Cortes y cambio social...*, 2010.

<sup>211</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, *Cortes y cambio social...*, 2010, p. 14-15.

contribuição para ampliar a percepção pública sobre a urgência e a gravidade da situação das pessoas desalojadas na Colômbia<sup>212</sup>.

No que diz respeito aos efeitos diretos da decisão e sua consequente aptidão concreta para melhorar as condições de vida das pessoas que vivem em situações de violações de direitos em decorrência das mudanças forçadas, Rodríguez-Garavito e Diana Rodríguez Franco notaram, após intensiva coleta e análise de dados e entrevistas, que a decisão promoveu significativa mobilização do aparato estatal em prol do desenvolvimento da política pública em questão, inclusive mediante o aumento dos valores destinados ao seu financiamento. Identificaram, ainda, que a Corte coletou extensa documentação durante o processo de acompanhamento do cumprimento da decisão, produzida em especial pelos órgãos públicos envolvidos e entidades da sociedade civil encarregadas de fiscalizá-los.

A análise da decisão proferida pela Corte Constitucional da Colômbia demonstra que, em vez de determinar, por si própria, as ações que deveriam ser adotadas pelo Poder Público para que os direitos das populações deslocadas fossem resguardados, optou-se pela expedição de ordens para que o próprio Poder Público, em cooperação com a sociedade civil diretamente envolvida, elaborassem o planejamento das ações e definissem sua forma de execução. Para tanto, a Corte emitiu ordens no sentido de que os levantamentos realizados e as medidas adotadas fossem divulgados e esclarecidos, submetendo-os ao escrutínio contínuo dos afetados.

Assim, embora as diretrizes gerais para a concretização do direito à moradia das populações deslocadas tenham sido judicialmente estabelecidas, as medidas concretas advieram de entendimentos recíprocos entre o Poder Público e os afetados, entabulados nos espaços institucionais de discussão e deliberação que lhes foram abertos pelas diretrizes fixadas pela Corte.

### **3.4.3. Índia**

De acordo com Shankar e Mehta, o alto escalão do Poder Judiciário indiano tem transformado, nas últimas décadas, o acesso à educação básica, à saúde, à alimentação e à moradia, dentre outros direitos sociais, em direitos suscetíveis de implementação pela via

---

<sup>212</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, *Cortes y cambio social...*, 2010, p. 22-23.

judicial<sup>213</sup>, sobretudo quando demandados individualmente em face do Estado. Contudo, segundo os autores, em se tratando de pretensões que implicam intervenções estruturais por meio dos denominados “litígios de interesse público” (*Public Interest Litigation – PIL*), os juízes têm adotado remédios considerados “fracos”, tais como a criação de comissões de acompanhamento e canais de negociação. Destacam, contudo, que a Índia não possui um sistema de *class actions* propriamente dito, mas é possível que organizações não governamentais e cidadãos ajuízem ações que versem sobre questões de largo interesse público, tais como saúde e educação, a fim de garantir a realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição indiana<sup>214</sup>.

Assim, em casos mais complexos que demandam intervenções estruturais em políticas públicas, o tipo de decisão preferida pelos juízes consiste na criação de comitês ou comissões de acompanhamento, ao passo em que, nos provimentos individuais, utilizam-se formas ditas mais “fortes” de execução, com a imposição de penalidades em caso de descumprimento<sup>215</sup>. O problema apontado em relação às medidas “fracas” consiste em sua alta probabilidade de não ser eficaz no que concerne às intervenções pretendidas e à realização dos direitos a que se visa proteger, sobretudo porque em vários casos se constatou que o Poder Público protelou o envio de relatórios solicitados pelas comissões ou pelas Cortes invocando déficits orçamentários<sup>216</sup>. Segundo afirmam os mencionados autores, as cortes sabem que possuem dificuldades em executar decisões complexas e preferem focar naquelas que não o são<sup>217</sup>.

De fato, ainda quando tenham sido impostos limites temporais para a adoção de determinada medida, verificou-se que, em alguns casos, a adoção de providências ulteriores dependeu da monitoração do autor da ação. Assim, considerando o custo do acesso ao Poder Judiciário, o tempo despendido e a relativa ineficácia dos julgamentos, os autores de ações de

---

<sup>213</sup> SHANKAR, Shylashri; MEHTA, Pratap Bhanu. Courts and socioeconomic rights in India. In Edited by Varun Gauri & Daniel M. Brinks. *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, cap. 4, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 146.

<sup>214</sup> SHANKAR; MEHTA, Courts and socioeconomic..., 2008, p. 153. Com efeito, dispõe o art. 32 (2) da Constituição Indiana: (2) The Supreme Court shall have power to issue directions or orders or writs, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto and certiorari, whichever may be appropriate, for the enforcement of any of the rights conferred by this Part (Part III – Fundamental Rights). (Tradução livre: (2) A Suprema Corte terá poderes para emitir instruções ou ordens ou mandados, incluindo mandados de natureza de *habeas corpus*, *mandamus*, *proibição*, *quo warranto* e *certiorari*, o que for apropriado, para a realização de qualquer dos direitos conferidos por esta Parte (Parte III – Direitos Fundamentais)).

<sup>215</sup> SHANKAR; MEHTA, Courts and socioeconomic..., 2008, p. 174.

<sup>216</sup> SHANKAR; MEHTA, Courts and socioeconomic..., 2008, p. 176.

<sup>217</sup> SHANKAR; MEHTA, Courts and socioeconomic..., 2008, p. 177.

interesse público passaram a preferir a adoção de outras estratégias para a garantia de direitos<sup>218</sup>. Em se tratando de áreas como saúde e educação, por exemplo, o padrão de julgamento das cortes indianas resulta em pequeno impacto na qualidade das políticas públicas, sobretudo diante da relutância dos juízes em penalizarem o governo tanto quanto o fazem com a iniciativa privada<sup>219</sup>.

Por tais razões, Shankar e Mehta concluem que os benefícios decorrentes das intervenções judiciais em políticas públicas estruturais na Índia, em especial nas áreas de saúde e educação, foram relativamente pequenos e indiretos<sup>220</sup>. Esclarecem que, em entrevistas com ativistas engajados em campanhas para garantir o direito à alimentação nas escolas, verificou-se que eles consideravam os litígios de interesse público muito demorados, caros e relativamente ineficientes quando comparados com estratégias tradicionais de mobilização social<sup>221</sup>. De modo geral, consideram que os julgamentos concentram-se mais em seu aspecto declaratório quanto à extensão dos direitos do que em relação às formas efetivas de garanti-los<sup>222</sup>.

Por seu turno, segundo a visão de S. Muralidhar, um dos juízes da Suprema Corte de Delhi, as perspectivas são otimistas em relação às intervenções do Poder Judiciário indiano por meio dos litígios de interesse público. O magistrado esclarece que, na esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais, as ordens judiciais decorrentes dos litígios de interesse público podem ter natureza declaratória e mandatória<sup>223</sup>. As primeiras, conquanto não apresentem ordens específicas destinadas às autoridades públicas, requerem uma aceitação pelo Estado do conteúdo declarado, de acordo com o efeito vinculante das decisões estabelecido nos artigos 141<sup>224</sup> e 144<sup>225</sup> da Constituição indiana. O juiz exemplifica com o julgamento do caso *Unnikrishnan J.P. v. State of Andhra Pradesh*<sup>226</sup>, no qual foi proferida a declaração de que o direito à educação está implícito e decorre do direito à vida garantido no

<sup>218</sup> SHANKAR; MEHTA, Courts and socioeconomic..., 2008, p. 176.

<sup>219</sup> SHANKAR; MEHTA, Courts and socioeconomic..., 2008, p. 177.

<sup>220</sup> SHANKAR; MEHTA, Courts and socioeconomic..., 2008, p. 177

<sup>221</sup> SHANKAR; MEHTA, Courts and socioeconomic..., 2008, p. 177.

<sup>222</sup> SHANKAR; MEHTA, Courts and socioeconomic..., 2008, p. 179.

<sup>223</sup> MURALIDHAR, S. Implementation of court orders in the area of economic, social and cultural rights: an overview of the experience of the Indian Judiciary. Geneva: International Environmental Law Research Centre, Working Paper, 2002. Disponível em: <<http://www.ielrc.org/content/w0202.pdf>>. Acesso em 12/07/2018, p. 2.

<sup>224</sup> Art. 141. *The law declared by the Supreme Court shall be binding on all courts within the territory of India.* (Tradução livre: Art. 141. A lei declarada pela Suprema Corte será vinculante para todos os tribunais do território da Índia).

<sup>225</sup> Art. 144. *All authorities, civil and judicial, in the territory of India shall act in aid of the Supreme Court.* (Tradução livre: Art. 144. Todas as autoridades, civis e judiciais, no território da Índia devem agir de acordo com a Suprema Corte).

<sup>226</sup> Disponível em: <<https://indiankanoon.org/doc/1775396/>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

artigo 21<sup>227</sup> da Constituição, e que as crianças têm o direito fundamental à educação gratuita até a idade de quatorze anos. Em relação a essa declaração, o Estado respondeu após nove anos por meio de uma emenda constitucional que inseriu o artigo 21-A<sup>228</sup>, que garante o direito fundamental à educação para crianças entre seis e quatorze anos. Por seu turno, as ordens de natureza mandatória contêm imposições específicas e com prazo determinado para que o Estado as execute. Nesses casos, a Corte que proferiu a decisão permanece acompanhando a sua implementação, por meio de uma técnica intitulada “*continuing mandamus*” ou ordem continuada<sup>229</sup>.

Especificamente no que se refere à emenda constitucional que inseriu o art. 21-A na Constituição indiana, a avaliação dos autores Shankar e Mehta, baseada em entrevistas com agentes de governo e especialistas da área, é no sentido de que tal modificação legislativa decorreu mais de razões políticas, capitaneadas por uma promessa eleitoral de determinado partido político, do que em razão da decisão da Corte<sup>230</sup>. Além disso, os autores salientam que é controverso se a decisão judicial proferida em *Unnikrishnan* produziu efeitos favoráveis ou prejudiciais no que se refere à qualidade do aprendizado, haja vista que avaliações preliminares do governo apontaram que os desdobramentos da intervenção judicial privilegiaram o efetivo ingresso das crianças na escola em detrimento de assegurar a qualidade do aprendizado<sup>231</sup>.

Assim, o controle judicial de políticas públicas na Índia, apesar de também se valer, além das ações individuais, de ações de interesse público que veiculam pretensões coletivas, ainda parece se dar, na prática, de uma forma ainda muito atrelada à dinâmica das ações individuais, nas quais a Corte atua como agente central receptor dos pedidos dos autores das ações e das informações prestadas pelo réu, notadamente o Poder Público. Não se identificou, nos estudos analisados, a tentativa de criação, por parte do Poder Judiciário indiano, de espaços adequados de discussão e confrontação de informações e argumentos apresentados pelas partes, com vistas a identificar soluções possíveis e exequíveis. Dessa

---

<sup>227</sup> Art. 21. *No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law.* (Tradução livre: Art. 21. Nenhuma pessoa será privada de sua vida ou liberdade pessoal, exceto de acordo com o procedimento estabelecido por lei).

<sup>228</sup> Art. 21A. The State shall provide free and compulsory education to all children of the age of six to fourteen years in such manner as the State may, by law, determine. (Tradução livre: Art. 21A. O Estado deve oferecer educação gratuita e obrigatória a todas as crianças de seis a catorze anos, da maneira que o Estado determinar por lei).

<sup>229</sup> MURALIDHAR, S. *Implementation of court orders in the area of economic, social and cultural rights: an overview of the experience of the indian judiciary.* Geneva: International Environmental Law Research Centre, Working Paper, 2002, p. 3.

<sup>230</sup> SHANKAR; MEHTA, *Courts and socioeconomic...*, 2008, p. 151.

<sup>231</sup> SHANKAR; MEHTA, *Courts and socioeconomic...*, 2008, p. 178.

forma, à luz das experiências de maior êxito verificadas nos países anteriormente mencionados, cogita-se que essa omissão pode se consubstanciar em uma das razões pelas quais as Cortes indianas ainda se mostram refratárias em determinar a execução de ordens estruturais em face do Poder Público.

#### **3.4.4 Argentina**

A Constituição da Cidade de Buenos Aires impõe um dever ao Poder Público de garantir a todas as crianças, a partir dos 45 dias de vida, o pleno acesso à educação infantil<sup>232</sup>. Contudo, historicamente, a Associação Civil para Igualdade e Justiça, sediada naquela cidade, vinha constatando a omissão dos governantes em assegurar esse direito e, no ano de 2006, optou por utilizar a via judicial, mediante um litígio de interesse público, para pressioná-los a cumprir seu dever constitucional no que se refere ao direito à educação infantil.

Quando a ação foi ajuizada, mais de seis mil crianças entre 45 dias de vida e cinco anos de idade aguardavam em listas de espera por uma vaga em creches e pré-escolas de Buenos Aires<sup>233</sup>. A associação demonstrou que, entre os anos de 2002 a 2006, o número de crianças excluídas do acesso à educação infantil havia aumentado 37 por cento. Não obstante, verificou-se que a falta de abertura de novas vagas não se deveu à falta de recursos, uma vez que a associação comprovou que as sucessivas administrações municipais não vinham utilizando todos os recursos orçamentários destinados à educação<sup>234</sup>.

No mês de agosto de 2007, a associação obteve um pronunciamento favorável da Corte, que determinou à Cidade de Buenos Aires que desenvolvesse planos concretos para remediar as omissões apontadas e reconhecidas. A Cidade apelou da decisão, ao argumento de que o Poder Judiciário não deveria interferir em decisões governamentais. Entretanto, a Corte de Apelação manteve a decisão de primeira instância em março de 2008. Em seguida, a Cidade ainda

---

<sup>232</sup> Art. 24 da Constituição da Cidade de Buenos Aires: “A Cidade assume a responsabilidade indelegável de garantir e financiar a educação pública e estatal, gratuitamente, em todos os níveis e modalidades, dos quarenta e cinco dias de vida ao nível superior, com caráter obrigatório desde a pré-escola até completar dez anos de escolaridade, ou por período mais longo que a legislação determinar”. Disponível em: <[http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg\\_tecnica/sin/normapop09.php?id=26766&qu=c](http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php?id=26766&qu=c)>. Acesso em: 12 set. 2017.

<sup>233</sup> BASCH, Fernando. Children’s right to early education in the city of Buenos Aires: a case study on acij’s class action. *International Budget Partnership*, 2012.

<sup>234</sup> BASCH, Argentina: enforcing..., 2016, p. 4.

recorreu à mais alta Corte, o Superior Tribunal de Justiça, período durante o qual iniciaram-se as negociações entre as partes com o objetivo de apresentar uma proposta de acordo<sup>235</sup>.

A proposta de acordo foi finalmente apresentada e referendada pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2011, ocasião em que a Corte convocou, pela primeira vez em sua história, uma audiência pública com o intuito de reunir todos os principais atores da sociedade civil e governamentais envolvidos com a política pública educacional, os quais apoiaram a proposta de acordo apresentada. No referido acordo, a Cidade de Buenos Aires reconheceu que as demandas veiculadas pela associação eram legítimas e assumiu a responsabilidade de desenvolver e implementar um plano de trabalho que atendesse à necessidade de vagas na educação infantil. O plano de trabalho contemplou, assim, metas específicas, com prazo determinado de cumprimento, tendo em vista as possibilidades de gastos previstos no orçamento<sup>236</sup>.

Dentre os instrumentos de monitoramento do cumprimento do acordo, foram previstos dois principais: a indicação de um auditor responsável por fiscalizar a execução do plano de trabalho e encaminhar relatórios à Corte e a criação de um comitê formado por representantes de ambas as partes para acompanhar, bimensalmente, as ações realizadas e propor eventuais ações corretivas. Além disso, a Cidade de Buenos Aires também concordou em implementar um sistema digital para centralizar e organizar todas as informações relacionadas à demanda de vagas na educação infantil<sup>237</sup>.

A acordo inicial previa o compromisso de construção de 19 novas escolas e realização de melhorias em 5 escolas já existentes até o final do ano de 2011 (ano da celebração do acordo). Contudo, apenas 5 escolas foram construídas nesse período. Ao final do ano de 2014, apenas 14 dos 24 projetos inicialmente pactuados foram concluídos e 5 deles sequer haviam sido iniciados<sup>238</sup>.

Embora a Cidade de Buenos Aires não tenha cumprido o acordo tal como inicialmente pactuado, foi possível observar algum progresso no aumento da oferta de vagas na educação infantil. Além disso, como resultado direto do engajamento da Associação Civil para Igualdade e Justiça, verificou-se uma maior participação e compreensão da sociedade

---

<sup>235</sup> BASCH, Argentina: enforcing..., 2016, p. 4-5.

<sup>236</sup> BASCH, Argentina: enforcing..., 2016, p. 5.

<sup>237</sup> BASCH, Argentina: enforcing..., 2016, p. 5.

<sup>238</sup> BASCH, Argentina: enforcing..., 2016, p. 8.

civil em relação ao problema e melhor coordenação entre os órgãos governamentais encarregados de executar a política pública educacional<sup>239</sup>.

O estudo desenvolvido por Fernando Basch, construído sobretudo a partir de entrevistas com diversos atores envolvidos no ajuizamento da ação e na fase de implementação do acordo entabulado entre as partes, bem demonstra que as ações judiciais que visam a reformas estruturais comumente implicam um acompanhamento de longo prazo, haja vista que a execução das decisões costuma perdurar por um tempo indeterminado. A ação ajuizada pela Associação Civil para Igualdade e Justiça de Buenos Aires iniciou-se em 2006 e, no final do ano de 2014, quando o autor encerrou o estudo acima mencionado, a autora ainda enfrentava muitas dificuldades para obter o cumprimento do acordo obtido pela via judicial<sup>240</sup>.

Dentre as lições extraídas da experiência da ação coletiva ajuizada pela associação argentina, Fernando Basch destaca a falha do mecanismo de funcionamento do comitê de monitoramento instituído para fiscalizar o cumprimento do acordo. Segundo o autor, o caso demonstra que esses fóruns devem ser moldados e utilizados para construir confiança e promover a cooperação entre as partes, em vez de se destinar simplesmente a uma instância de prestação de contas. Além disso, destaca a importância da presença de uma autoridade, preferencialmente judicial, para assegurar o respeito à legitimidade de todos os participantes que integrem o comitê de monitoramento<sup>241</sup>.

De fato, a experiência do caso da ampliação das vagas em creches e pré-escolas da Cidade de Buenos Aires evidencia que a complexidade dos processos judiciais estruturais reflete-se não apenas na forma de se chegar a uma decisão ou a um acordo, mas também, e principalmente, no momento de torná-los efetivos. Assim como são necessárias estratégias, por parte dos legitimados ativos, para propor a ação ou para obter a solução da controvérsia pela via consensual, verifica-se que a fase de cumprimento também exige uma habilidade técnica negocial, por parte dos atores envolvidos, para garantir a realização do direito pretendido, no tempo e na forma que se revelarem comprovadamente possíveis.

### ***3.4.5 Estados Unidos***

---

<sup>239</sup> BASCH, Argentina: enforcing..., 2016, p. 21.

<sup>240</sup> BASCH, Argentina: enforcing..., 2016, p. 21.

<sup>241</sup> BASCH, Argentina: enforcing..., 2016, p. 23.



As ordens proferidas pelos juízes norte-americanos no sentido de realizar intervenções significativas em políticas públicas, com vistas a alterar a conformação que lhes são dadas pelos legisladores e gestores públicos, são denominadas *structural injunctions*, haja vista as interferências estruturais que provocam em instituições públicas.

A primeira identificação e sistematização da espécie de decisão do tipo *structural injunction* dentro do gênero *civil rights injunctions* foi realizada pelo professor Owen Fiss na década de 70. Na ocasião, o autor diferenciou as categorias das *preventive injunctions* (ordens preventivas), *reparative injunctions* (ordens reparatórias) e *structural injunctions* (ordens estruturais). As primeiras se destinam a evitar que uma série de atos ocorressem no futuro; as segundas obrigam os réus a adotarem medidas para repararem os efeitos de condutas passadas; e as terceiras visam a promover a reorganização de uma instituição social em curso<sup>242</sup>. Nesse contexto, o autor destaca que os mais notáveis exemplos de ordens estruturais até então proferidas<sup>243</sup> consistiram justamente naquelas que buscaram reorganizar os sistemas escolares, transformando-os de sistemas duais e segregados em sistemas unitários e não segregados<sup>244</sup>. E sob a luz das decisões proferidas no sistema educacional, outras ordens também buscaram posteriormente implementar a reorganização estrutural de outras instituições públicas, tais como hospitais e prisões, para dar concretude, respectivamente, ao direito ao tratamento adequado de saúde e ao direito ao cumprimento da pena em condições dignas<sup>245</sup>.

O julgamento proferido no caso *Brown v Board of Education*, por seu caráter pioneiro, é comumente apontado pela doutrina norte-americana como a decisão mais importante da Suprema Corte daquele país no século XX<sup>246</sup>. Por meio de decisão unânime, reconheceu-se o direito das crianças negras de receber educação igual à concedida às crianças de outras raças e a impossibilidade de não aceitação de matrícula em virtude exclusivamente da cor da pele. Entretanto, os julgadores não cuidaram de fixar a forma como tais objetivos

---

<sup>242</sup> FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington & London: Indiana University Press, 1978, p. 7.

<sup>243</sup> O autor menciona que os antecedentes das ordens estruturais provavelmente podem ser encontrados na reorganização das linhas de trem na virada do século XIX para o século XX ou, mais recentemente, em casos de alienação antitruste. Contudo, ressalta que foram as ordens de dessegregação nas escolas que conferiram ao instrumento sua atual relevância e destaque. (FISS, *The civil rights...*, 1978, p. 9-10).

<sup>244</sup> FISS, *The civil rights...*, 1978, p. 9.

<sup>245</sup> FISS, *The civil rights...*, 1978, p. 10.

<sup>246</sup> KLARMAN, *Why Brown had such an impact*. 4 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://historynewsnetwork.org/article/4506>>. O caso em comento foi retratado no filme *Separados, mas iguais* (*Separate but equal*), do diretor George Stevens Jr., de 1991.

seriam atendidos<sup>247</sup>. Apenas um ano depois do julgamento proferido em *Brown v Board of Education (Brown I)*, no caso denominado “*Brown II*”, a Suprema Corte incumbiu às cortes distritais federais a responsabilidade de implementar a dessegregação imposta em *Brown I*<sup>248</sup>.

Segundo sintetiza Scott Gerber, dois pontos de vista surgiram a partir do julgamento de *Brown* nos últimos anos: o primeiro é a visão "tradicional", que o reconhece como um dos dois ou três casos mais importantes na história americana. De acordo com esta visão, *Brown* alimentou o movimento dos direitos civis moderno, mostrou que os tribunais podem assumir liderança moral e salientou que os negros têm direito à mesma dignidade e respeito que os brancos. A segunda visão é uma espécie de reação à primeira e é reputada uma visão "revisionista", que considera que *Brown* não conseguiu muito ou, ainda, que se tornou

---

<sup>247</sup> BAUERMANN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer*. Estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 64.

<sup>248</sup> Eis o dispositivo da decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso “Brown II” - *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955):

“1. A discriminação racial na educação pública é inconstitucional, e todas as disposições de leis federais, estaduais ou locais que exigem ou permitem tal discriminação devem ceder a este princípio. 2. As sentenças abaixo (exceto no caso de Delaware) são revogadas e os casos são remetidos aos Tribunais Distritais para adotar tais procedimentos e inscrever tais ordens e decretos consistentes com esta opinião como medida necessária e apropriada para admitir as partes em escolas públicas numa base racialmente não discriminatória, com toda a velocidade deliberada. (A) As autoridades escolares têm a responsabilidade primária de elucidar, avaliar e resolver os variados problemas escolares locais que podem exigir solução na plena implementação dos princípios constitucionais que as regem. (B) Os tribunais terão de considerar se a ação das autoridades escolares constitui implementação de boa fé dos princípios constitucionais que as regem. (C) Devido à sua proximidade com as condições locais e à possível necessidade de novas audiências, os tribunais que tomaram inicialmente conhecimento desses casos podem realizar melhor essa avaliação judicial. (D) Na elaboração e execução das ordens, os tribunais serão guiados por princípios equitativos - caracterizados por uma flexibilidade prática na formação de remédios e uma facilidade para ajustar e conciliar as necessidades públicas e privadas. (E) O interesse pessoal dos autores na admissão às escolas públicas deve ser realizado o mais rapidamente possível, numa base não discriminatória. (F) Os tribunais de equidade podem levar devidamente em conta o interesse público na eliminação de forma sistemática e efetiva de uma variedade de obstáculos ao fazer a transição para os sistemas escolares operados de acordo com os princípios constitucionais enunciados no 347 US 347 US 483, 347 US 497; mas a vitalidade desses princípios constitucionais não pode ser deixada de lado simplesmente por causa do desacordo com eles. (G) Ao dar peso a essas considerações públicas e privadas, os tribunais exigirão que os réus façam um início rápido e razoável para o pleno cumprimento da decisão deste Tribunal. (H) Uma vez que tal começo tenha sido feito, os tribunais podem achar que tempo adicional é necessário para executar a decisão de forma eficaz. (I) A responsabilidade recai sobre os réus para estabelecer que o tempo adicional é necessário de acordo com o interesse público e é consistente com o cumprimento da boa-fé o mais cedo possível. (J) Os tribunais poderão considerar problemas relacionados à administração, decorrentes da condição física da planta escolar, do sistema de transporte escolar, pessoal, revisão dos distritos escolares e áreas de atendimento em unidades compactas para conseguir um sistema de determinação de admissão às escolas públicas em uma base não racial, e a revisão das leis e dos regulamentos locais que podem ser necessários para resolver os problemas precedentes. (K) Os tribunais também considerarão a adequação de quaisquer planos que os réus possam propor para resolver esses problemas e efetuar uma transição para um sistema escolar racialmente não-discriminatório. (L) Durante o período de transição, os tribunais manterão a jurisdição destes casos. 3. A sentença do caso Delaware, que ordena a admissão imediata dos demandantes em escolas anteriormente atendidas apenas por crianças brancas, é confirmada com base nos princípios estabelecidos por este Tribunal, mas o caso é encaminhado ao Supremo Tribunal de Delaware para outros procedimentos que aquela Corte julgar necessários à luz desta opinião”. (Tradução pela autora). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/case.html>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

contraproducente porque endureceu a resistência dos oponentes da igualdade racial e levou os ativistas dos direitos civis a um falso senso de segurança<sup>249</sup>.

Davison Douglas apresenta uma análise sob outro enfoque quanto ao caso, tendo em perspectiva a própria expectativa do observador sobre a decisão. De acordo com o autor, o debate sobre o sucesso de *Brown* depende, em certa medida, da opinião que se tem sobre o significado da decisão. Para os que consideram que *Brown* buscou meramente a eliminação da segregação escolar racial compulsória, então a decisão pode ser considerada bem-sucedida, sobretudo porque até meados dos anos 60 todos os distritos escolares do sul haviam deixado de designar os alunos à escola explicitamente com base no critério racial. Por outro lado, para aqueles que esperavam que a decisão implicaria o fim da divisão e da desigualdade racial, então se pode concluir, a partir das diferenças sociais, econômicas, políticas e até mesmo geográficas em curso naquele país, que a promessa de *Brown* permanece não realizada<sup>250</sup>.

Doug Rendleman, por seu turno, estabelece interessante distinção entre os efeitos do julgamento de *Brown I* e os desdobramentos da decisão proferida em *Brown II*. Para o autor, no julgamento de *Brown I*, a Suprema Corte teve o mérito de reconhecer que as escolas públicas segregadas com base em critérios raciais violavam o direito das minorias à proteção igualitária, conforme previsto na Constituição norte-americana<sup>251</sup>. Foi uma conquista, por assim dizer, de reconhecimento de direito. Por outro lado, a efetiva implementação desse direito só veio a ocorrer a partir de *Brown II*, que cuidou de tratar como a dessegregação seria de fato realizada por meio do Poder Judiciário, mais especificamente por meio das cortes federais distritais. Assim, em *Brown II*, a Suprema Corte não determinou uma ordem imediata para concretizar o direito reconhecido, mas deu início a um período de transição em que se conferiu aos juízes locais a prerrogativa de manter jurisdição sobre o caso até que o direito dos autores fosse implementado<sup>252</sup>.

Na avaliação retrospectiva de Rendleman, as cortes federais adotaram inicialmente medidas fragmentadas a partir de pedidos de autores individuais. Assim, as escolas permaneciam segregadas até que alguém tivesse a iniciativa de pedir a um tribunal a adoção de alguma medida isolada, sem que dela adviessem significativos impactos. Com o

---

<sup>249</sup> GERBER, Scott. Justice clarence thomas and the jurisprudence of race. *Southern University Law Review*, v. 43, p. 43-98, Fall 1997. Disponível em: <lexisnexis.com>. Acesso em: 01 abr. 2017.

<sup>250</sup> DOUGLAS, Davison. Brown v. board of education after forty years: confronting the promise: the promise of Brown forty years later. *College of William & Mary, William & Mary Law Review*, v. 36, n. 2, p. 337-343, 1995.

<sup>251</sup> RENDLEMAN, Doug. Brown ii's "all deliberate speed" at fifty: a golden anniversary or a mid-life crisis for the constitutional injunction as a school desegregation remedy? *41 San Diego L. Rev.* 1575, fall, 2004.

<sup>252</sup> RENDLEMAN, Brown ii's "all deliberate speed"..., 2004, p. 5.

passar do tempo, a Suprema Corte percebeu que a liberdade de escolha conferida aos distritos escolares para implementar a dessegregação não foi eficiente, o que levou o tribunal, em 1968<sup>253</sup>, a definir um plano que pudesse tratar de forma realista o problema, visando à obtenção de um sistema unitário de educação pública. Assim, o novo papel dos juízes locais passou a ser o de impor um dever positivo aos distritos escolares de cessar a segregação oficial e mostrar resultados concretos no sistema escolar. Em seguida, os juízes avaliariam os esforços despendidos pelos distritos escolares no sentido de promover a desagregação<sup>254</sup>. A partir de então, desenvolveram-se diversas técnicas<sup>255</sup> de decisão judicial que, para além de evitarem ações futuras de segregação por parte dos distritos escolares, pudessem também promover a efetiva integração racial.

De fato, conforme observa Margo Schlanger, a decisão proferida em *Brown II* autorizou os juízes distritais a avaliarem a necessidade de ordenar e supervisionar mudanças radicais não apenas em escolas, mas também em uma variada gama de importantes instituições governamentais. Assim, já no início da década de 70, foi possível observar o sucesso de ações que buscavam a adoção de medidas por parte das cortes federais no sentido de interferir nas condições estruturais dos estabelecimentos prisionais<sup>256</sup>. Conforme sintetizaram Feeley e Rubin:

Essa intervenção maciça em prisões estatais foi um ato de formulação de políticas judiciais. Ao longo de uma única década, os tribunais federais elaboraram um conjunto abrangente de regras judicialmente executáveis para a administração das prisões americanas. Essas regras foram elaboradas a partir da literatura correcional existente, da sociologia e das próprias percepções de moralidade política dos juízes. Esse novo código de regras legais, inspirado por considerações gerais morais e empíricas e derivado de um modelo que pairava próximo, mas que ainda não havia aparecido em nenhuma agenda judicial, é o produto típico de um processo de formulação de políticas, não muito diferente de um estatuto ou um regulamento administrativo<sup>257</sup>.

<sup>253</sup> A mudança de posicionamento se deu no julgamento *Green v. County Sch. Bd. (1968)*. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/391/430.html>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

<sup>254</sup> RENDLEMAN, Brown ii's "all deliberate speed"..., 2004, p. 6-7.

<sup>255</sup> Dentre as técnicas adotadas, o autor enumera as seguintes: Neighborhood Schools, Busing, Racial Balance, Segregation Up North, White Flight, De Jure vs. De Facto racial separation, the Structural Injunction, the Tailoring Principle, Local Control (The Bus Stops Here) e Plaintiff-Group Diffusion.

<sup>256</sup> SCHLANGER, Margo. Civil rights injunctions over time: a case study of jail and prison court orders. *University of Michigan Law School, Rev.* 82, n. 2, p. 550-630, 2006, p. 552.

<sup>257</sup> "This massive intervention into state corrections was an act of judicial policy making. Over the course of a single decade, the federal courts fashioned a comprehensive set of judicially enforceable rules for the governance of American prisons. They derived these rules from existing correctional literature, sociology, and their own perceptions of political morality. Such a new code of legal rules, inspired by general moral and empirical considerations and derived from a model that had been hovering near but had not yet appeared upon any accepted agenda, is a typical product of the policy-making process, not very different from a statute or an administrative regulation" (Tradução livre). (FEELEY, Malcolm; RUBIN, Edward. *Judicial*

Em grande parte das prisões nas quais os autores das ações coletivas obtiveram ordens judiciais visando a essas intervenções estruturais, verificou-se um grande impacto sobre os custos da manutenção do sistema prisional. Uma das principais formas de garantir a implementação das medidas impostas pelos juízes consistia na designação de um monitor especial que acompanhava, no interior das prisões, as alterações verificadas e resultados alcançados. De maneira geral, foi possível constatar sensível melhoria na adequação da população carcerária à capacidade dos estabelecimentos; fim ou redução de práticas de abusos e torturas; atendimento de direitos relacionados à saúde, alimentação, educação e recreação dos presos; aumento do número de agentes; regulamentação de questões disciplinares; dentre outras medidas<sup>258</sup>.

A partir de meados da década de 80, observou-se um movimento de declínio dessas intervenções comumente atribuído à alteração de perfil<sup>259</sup> dos novos juízes das cortes federais, que passaram a assumir posturas mais conservadoras em relação às pretensões de mudanças. Além disso, aponta-se como possíveis causas para esse declínio a própria dificuldade dos advogados de manter um controle estratégico das causas ajuizadas, bem como os obstáculos legislativos enfrentados pelos juízes para manter esse padrão de decisão intervencionista por longo prazo<sup>260</sup>.

Além disso, no ano de 1996, o Congresso norte-americano aprovou o *Prison Litigation Reform Act* (Ato dos Litígios de Reforma Prisional), que buscou conter ainda mais os avanços e interferências das ordens judiciais direcionadas às reformas das prisões, impondo inúmeras restrições para o ajuizamento de novas ações e até mesmo para a continuidade das ordens já proferidas<sup>261</sup>. No ano de 2012, houve nova tentativa de edição de ato legislativo, por

*policy making and the modern state: how the courts reformed america's prisons.* Cambridge University Press: Cambridge, 1998, p. 13-14).

<sup>258</sup> SCHLANGER, Civil rights injunctions..., 2006, p. 561-564.

<sup>259</sup> Sobre as repercussões da mudança de perfil dos juízes das cortes norte-americanas sobre a jurisprudência das ações coletivas, vide: THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; BRANT, João Paulo Alvarenga. O sistema de precedentes no direito brasileiro e a limitação do arbítrio judicial. Curitiba: *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, v. 2, n. 2, p. 41-59, jul/dez 2016.

<sup>260</sup> SCHLANGER, Civil rights injunctions..., 2006, p. 565-566.

<sup>261</sup> Dentre as previsões restritivas do Prison Litigation Reform Act destacam-se as seguintes: **(a) Requirements for relief (1) Prospective relief.**-- (A) Prospective relief in any civil action with respect to prison conditions shall extend no further than necessary to correct the violation of the Federal right of a particular plaintiff or plaintiffs. The court shall not grant or approve any prospective relief unless the court finds that such relief is narrowly drawn, extends no further than necessary to correct the violation of the Federal right, and is the least intrusive means necessary to correct the violation of the Federal right. The court shall give substantial weight to any adverse impact on public safety or the operation of a criminal justice system caused by the relief. (...) **(b) Termination of relief. (2) Immediate termination of prospective relief.**--In any civil action with respect to prison conditions, a defendant or intervener shall be

parte da Casa dos Representantes do Congresso dos Estados Unidos, que contém previsões no sentido de limitar as intervenções do Poder Judiciário federal em decisões políticas e administrativas dos estados e governos locais: o denominado “Federal Consent Decree Fairness Act”<sup>262</sup> (Ato de Ordens Federais Justas Consentidas), que já havia sido apresentado no ano de 2005. A referida proposição ainda não se tornou lei, mas bem ilustra as investidas do Poder Legislativo em face das intervenções realizadas por meio das ordens estruturais oriundas do Poder Judiciário.

Contudo, é importante ressaltar que, conquanto o *Prison Litigation Reform Act*, aliado aos fatores acima mencionados, tenham contribuído para diminuir o número de ações que buscam intervenções estruturais em prisões norte-americanas, a necessidade da adoção de medidas judiciais ainda parece persistir. Mais recentemente, em 2011, no caso *Brown v Plata*, a Suprema Corte manteve a decisão da corte inferior que havia determinado ao governador da Califórnia a adoção de medidas para diminuir a superpopulação carcerária daquele estado em proporção equivalente a 137,5% da capacidade projetada, dentro do prazo de dois anos<sup>263</sup>.

Conforme defendeu Margo Schlanger, em artigo publicado no ano de 2006, havia até então muitas razões para acreditar que, nos Estados Unidos, as ações de interesse público (*public law litigation*) e as reformas estruturais ainda estavam bastante vivas em muitas áreas e que, ainda quando se observassem declínios em algumas, outras espécies de intervenções surgiriam para contrabalancear a redução<sup>264</sup>.

Por seu turno, Linda Mullenix avalia que – conquanto as ações de interesse público tenham vivido sua “época de ouro” durante a década de 70, na qual tais litígios foram utilizados para integrar escolas, desinstitucionalizar pessoas com doenças mentais, reformar prisões, questionar discriminações em moradias e combater várias formas de discriminação no trabalho – a Suprema Corte passou a proferir, desde então, diversas decisões que restringiram a possibilidade de propositura dessas espécies ações. Dessa forma, ao final da década de 70, a

---

entitled to the immediate termination of any prospective relief if the relief was approved or granted in the absence of a finding by the court that the relief is narrowly drawn, extends no further than necessary to correct the violation of the Federal right, and is the least intrusive means necessary to correct the violation of the Federal right. (a) **Applicability of administrative remedies.** No action shall be brought with respect to prison conditions under section 1983 of this title, or any other Federal law, by a prisoner confined in any jail, prison, or other correctional facility until such administrative remedies as are available are exhausted. Texto completo da lei e artigos correlatos podem ser encontrados em: <<http://library.law.yale.edu/prisoner-litigation-reform-act>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

<sup>262</sup> Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/112th-congress/house-bill/3041/text>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>263</sup> *Brown v. Plata*, 131 S. Ct. 1910 (2011). Disponível em <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

<sup>264</sup> SCHLANGER, Civil rights injunctions..., 2006, p. 626.

autora afirma que as ações que buscavam reformas estruturais diminuíram significativamente, ocasião em que os casos de responsabilidade civil em massa emergiram como uma nova forma complexa e paradigmática de litigância, passando a dominar os casos de ações coletivas nos Estados Unidos até o final dos anos 90<sup>265</sup>.

Ao observarem as mudanças verificadas na natureza das ordens estruturais proferidas a partir da década de 90, Charles Sabel e William Simon ressaltam que a evolução dos remédios estruturais pode ser descrita como uma transformação que parte de uma forma decisória baseada no *comando e controle*<sup>266</sup> (*command-and-control*) para outra forma de intervenção descrita como *experimentalista*. A forma baseada no comando e controle é descrita como a atividade típica da burocracia estatal, que se assenta na emissão de regras específicas e fixas por parte de uma autoridade central que determina os procedimentos a serem seguidos pelas instituições. Por seu turno, a forma experimentalista combina decisões mais flexíveis e provisórias com procedimentos abertos à participação de representantes dos diversos interessados, deixando as partes com uma margem significativa de discricionariedade para atingir os objetivos gerais estipulados<sup>267</sup>. Nesse último caso, as demandas por interferências gerenciais por parte das cortes são mais reduzidas, bem como, conseqüentemente, são menores os riscos de questionamento em relação à sua legitimidade política, haja vista que a reforma estrutural é realizada de forma colaborativa e participativa<sup>268</sup>.

Sabel e Simon observam que o experimentalismo adotado pelos juízes de primeiro grau dos Estados Unidos consubstancia uma modalidade decisória que nem de longe foi sugerida ou antecipada pelas cortes superiores<sup>269</sup>, pois construída justamente a partir da proximidade e do envolvimento direto das partes e demais interessados na formulação e

---

<sup>265</sup> MULLENIX, Linda. Ending Class Actions As We Know Them: Rethinking the American Class Action Rule. Public Law and Legal Theory Research Paper Series, N. 565, University of Texas School of Law, 2014, p. 402-403.

<sup>266</sup> Exemplo típico da forma decisória baseada no comando e controle foram as ordens proferidas por diversas cortes federais norte-americanas em relação às intervenções realizadas nos estabelecimentos prisionais. Conforme detalham Malcolm Feeley e Edward Rubin, em obra que se tornou referência sobre o assunto: “*Os tribunais federais acabaram por promulgar um código abrangente para a gestão de prisões, incluindo assuntos tão diversos como instalações, saneamento, alimentação, vestuário, assistência médica, disciplina, contratação de pessoal, bibliotecas, trabalho e educação. As próprias decisões, e muitas vezes as normas delas resultantes, especificam muitas exigências, as quais podem ser descritas, dependendo da perspectiva de cada um, como detalhes meticulosos ou excruciantes; a potência das lâmpadas nas células, a frequência dos chuveiros e o conteúdo calórico das refeições fazem parte do código que os tribunais federais promulgaram*”. FEELEY, Malcolm; RUBIN, Edward. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed america's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 40-41.

<sup>267</sup> SABEL, Charles; SIMON, William. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p.1016-1101, 2004, p. 1019.

<sup>268</sup> SABEL; SIMON, Destabilization rights:..., 2004, p. 1020.

<sup>269</sup> SABEL; SIMON, Destabilization rights:..., 2004, p. 1020.

implementação dos “remédios” (*remedies*) que seriam essenciais para o sucesso das pretensões veiculadas nas ações<sup>270</sup>. Nesse contexto, desenvolveu-se um modelo dialógico de decisão no qual as medidas ou remédios emergem da deliberação de uma ampla gama de partes interessadas (*stakeholders*)<sup>271</sup>, evitando-se a centralização decisória, gerencial e administrativa nas mãos dos juízes. Assim, segundo esse modelo, as ordens judiciais propriamente ditas apenas fixam as metas gerais a serem atingidas e os métodos de monitoramento do seu alcance<sup>272</sup>, deixando às partes, em especial aos réus, significativa discricionariedade para decidir como alcançá-las, sem prejuízo da instituição de mecanismos permanentes de reavaliação, disciplina, participação e *accountability*<sup>273</sup>.

Em artigo mais recente, Jason Parkin corrobora a percepção já antecipada por Sabel e Simon em relação ao declínio das formas tradicionais de injunções estruturais e a emergência de uma forma experimentalista de decisão<sup>274</sup>. Ao examinar as causas daquele declínio, Parkin as classifica em “morte por dissolução”, “morte por design” e “morte pelo desuso”. A denominada “morte por dissolução” ocorre nos casos em que a corte acata a alegação do Poder Público no sentido de que a ordem não é mais necessária ou não é mais adequada em virtude de mudanças verificadas nos fatos ou na lei<sup>275</sup>. Na hipótese de “morte por design”, a própria corte define, antecipadamente, qual o período de duração da ordem ou quais as metas, geralmente quantitativas, a serem atingidas, findos os quais a ordem é tida por encerrada<sup>276</sup>. As ordens que recaem na denominada “morte por desuso” são aquelas em que as próprias partes e a corte agem de maneira negligente em relação à sua continuidade, seja em

---

<sup>270</sup> É importante notar, contudo, que conquanto a forma experimentalista não tenha sido desenvolvida ou antecipada diretamente pelas cortes superiores, fato é que o seu desenvolvimento foi impulsionado por algumas decisões dos tribunais superiores que se tornaram progressivamente intolerantes em relação às decisões judiciais que impuseram detalhadas restrições e obrigações aos réus. Essa evolução jurisprudencial revelou-se evidente nos casos que discutiam reformas estruturais nas prisões a partir da entrada em vigor do *Prison Litigation Reform Act*, que estabeleceu uma série de medidas restritivas às ordens emitidas pelas cortes federais. Assim, pode-se depreender que, de certo modo, o movimento experimentalista, que produziu decisões judiciais mais abertas e flexíveis, foi também um reflexo das decisões das cortes superiores que reformaram as ordens extremamente detalhadas outrora proferidas pelos juízes, as quais pretendiam interferir minuciosamente em detalhes das rotinas administrativas e instalações físicas das instituições públicas.

<sup>271</sup> Segundo os autores, esse modelo decisório baseou-se principalmente nas experiências das ações que buscavam reformas estruturais em escolas, nas quais se observou grande participação de pais, professores, empresários e organizações da sociedade civil na formulação e na implementação das medidas que afetariam diretamente a comunidade escolar. Para uma abordagem mais aprofundada, vide: REBELL, Michael; HUGHES, Robert. *Schools, communities, and the courts: a dialogic approach to education reform*. *Yale Law & Policy Review*, n. 99, p. 99-168, 1996, p. 114-136.

<sup>272</sup> SABEL; SIMON, *Destabilization rights:...*, 2004, p. 1026.

<sup>273</sup> SABEL; SIMON, *Destabilization rights:...*, 2004, p. 1032 e 1036.

<sup>274</sup> PARKIN, Jason. *Aging injunctions and the legacy of institutional reform litigation*. *Vanderbilt Law Review*, v. 70, p. 167-220, 2017, p. 219.

<sup>275</sup> PARKIN, *Aging injunctions and...*, 2017, 193-196.

<sup>276</sup> PARKIN, *Aging injunctions and...*, 2017, p. 197-198.



razão de desinteresse, esquecimento, aposentadoria ou até mesmo morte dos principais atores envolvidos<sup>277</sup>.

Parkin atribui o movimento de declínio das ordens estruturais em especial à decisão da Suprema Corte proferida no ano de 2009 no caso *Horne v Flores*, na qual se consolidou o entendimento, segundo a interpretação do autor, de que as ordens que determinam reformas estruturais devem ser mais fáceis de serem encerradas do que quaisquer outras formas de injunções<sup>278</sup>, facilitando a denominada “morte por dissolução”. O relator do referido caso, *Justice* Samuel A. Alito, observou em seu voto que:

(...) as ordens proferidas em tais casos (que implicam reformas estruturais) comumente permanecem em execução por muitos anos, e a passagem do tempo frequentemente traz mudanças nas circunstâncias – mudanças na natureza do problema subjacente, mudanças na lei governamental ou em sua interpretação pelas cortes, e novas perspectivas sobre a política em questão – as quais justificam o reexame do julgamento original (...). A dinâmica das ações que demandam reformas estruturais difere de outros casos. (...) As cortes devem ficar atentas ao fato de que as ordens das cortes federais excedem seu limite apropriado se elas se destinam a eliminar condições que não violam a lei federal ou que não decorrem dessa violação (tradução livre)<sup>279</sup>

Em *Horne v. Flores*<sup>280</sup>, um grupo de estudantes aprendizes da língua inglesa (*English Language-Learner – ELL*) e seus pais ajuizaram uma *class action* sob a alegação de que o Estado do Arizona, seu Conselho Estadual de Educação e o Superintendente de Instrução Pública estavam fornecendo educação inadequada aos estudantes do Distrito de Nogales, violando o Ato de Igualdade de Oportunidades Educacionais (*Equal Educational Opportunities Act – EEOA*) de 1974, o qual requer que os Estados adotem “medidas apropriadas para superar barreiras linguísticas” nas escolas. No ano de 2000, a Corte Federal Distrital emitiu uma decisão declaratória, reconhecendo que o Distrito de Nogales de fato havia violado o *EEOA* porque a quantidade de recursos que o Estado havia alocado para atender às necessidades especiais dos estudantes de língua inglesa era arbitrária e não

<sup>277</sup> PARKIN, Aging injunctions and..., 2017, p. 199-202.

<sup>278</sup> As injunções emitidas pelo Poder Judiciário americano assemelham-se às decisões judiciais mandamentais ou que impõem obrigações de fazer proferidas pelos juízes brasileiros.

<sup>279</sup> No original: “(...) injunctions issued in such cases [institutional reform litigation] often remain in force for many years, and the passage of time frequently brings about changed circumstances—changes in the nature of the underlying problem, changes in governing law or its interpretation by the courts, and new policy insights—that warrant reexamination of the original judgment (...) the dynamics of institutional reform litigation differ from those of other cases. (...) courts must remain attentive to the fact that “federal-court decrees exceed appropriate limits if they are aimed at eliminating a condition that does not violate [federal law] or does not flow from such a violation”. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/557/433/opinion.html>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>280</sup> *Horne v. Flores*, 557 U.S. 433 (2009). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/557/433/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

correspondia aos custos reais do programa educacional *ELL* no Distrito de Nogales. A Corte Distrital chegou a ampliar a ordem para todo o âmbito estadual do Arizona, emitindo uma série de ordens adicionais. Os réus não apelaram de nenhuma das decisões proferidas pela Corte Distrital. No ano de 2006, o Poder Legislativo estadual aprovou um incremento no orçamento do programa *ELL*. Utilizando-se de tal argumento, os réus requereram a extinção da ordem da Corte Distrital invocando a regra prevista no item 60(b)(5)<sup>281</sup> das *Federal Rules of Civil Procedure*. A Corte Distrital denegou o pedido, ao fundamento de que o ato legislativo aprovado não havia criado um sistema adequado de financiamento. Em grau de recurso, a Corte de Apelação também entendeu que o Distrito de Nogales não havia feito progresso suficiente em seu programa *ELL*. Assim, a análise do caso foi submetida à Suprema Corte.

No entendimento majoritário da Suprema Corte, as cortes inferiores não realizaram uma análise correta da aplicação da regra prevista na *Rule 60(b)(5)*. Considerou-se que se aplicava ao caso o entendimento de que a referida regra autoriza a extinção de uma ordem caso se demonstre a caracterização de significativa mudança nas condições fáticas ou na lei, de forma que, em casos que implicam reformas estruturais, as cortes devem realizar uma interpretação flexível do referido dispositivo. Assim, caso se constate que as cortes federais emitiram ordens para eliminar condições que não violam leis federais ou não decorram de tais violações, tais ordens devem ser revertidas.

Em relação à específica adequação do programa educacional do Distrito de Nogales ao *EEOA*, a Suprema Corte considerou que a análise feita pelas cortes inferiores foi muito restrita, uma vez que se limitou a focar quase exclusivamente na suficiência do financiamento do programa *ELL*, de forma a reputar adequada apenas a ação consistente em aumento de recursos, substituindo eventual juízo dos administradores públicos encarregados de conduzir a política educacional em questão. Além disso, a Suprema Corte ponderou que, após a prolação da decisão da Corte Distrital no ano de 2000, o Estado do Arizona alterou seu modelo de educação bilíngue, cuja metodologia era aplicada pelo programa *ELL*, para um modelo denominado “imersão estruturada em inglês” (*structured English immersion – SEI*), baseado em estudo conduzido pelo Departamento Estadual de Educação que concluiu que o *SEI* era significativamente mais efetivo do que a educação bilíngue. Assim, assentou-se que

---

<sup>281</sup> Rule 60. Relief from a Judgment or Order: (b) GROUNDS FOR RELIEF FROM A FINAL JUDGMENT, ORDER, OR PROCEEDING. On motion and just terms, the court may relieve a party or its legal representative from a final judgment, order, or proceeding for the following reasons: (5) the judgment has been satisfied, released, or discharged; it is based on an earlier judgment that has been reversed or vacated; or applying it prospectively is no longer equitable. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-viii-judgment/rule-60-relief-from-a-judgment-or-order>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

uma análise apropriada sobre o atendimento dos requisitos estabelecidos na *Rule 60(b)(5)* deveria ter considerado circunstâncias adicionais, tal como a avaliação sobre se a implementação do SEI poderia ser considerada uma significativa mudança nas condições fáticas iniciais que ensejaram o primeiro julgamento.

Ainda no que concerne à análise sobre eventual significativa mudança nas condições fáticas iniciais, a Suprema Corte observou que o Superintendente de Instrução Pública de Nogales promoveu significativas e estruturais reformas no sistema educacional distrital, no sentido de reduzir o tamanho das salas de aula, melhorar os índices dos alunos e investir na qualificação dos professores. Dessa forma, considerou-se que, ao se limitar à questão relacionada ao aumento dos investimentos por si só, as cortes inferiores falharam ao deixar de sopesar que tais fatores podem ter feito com que o programa *ELL* de Nogales tenha atendido os requisitos estabelecidos no *EEOA* ainda que não tenha se verificado o aporte de recursos financeiros necessários à satisfazer a ordem emanada no ano de 2000. Afinal, na interpretação da Suprema Corte, o *EEOA* é voltado para a qualidade da educação e dos serviços oferecidos aos estudantes e não propriamente para estipular a quantidade de recursos que deve ser investido em cada área, de forma que, ao se examinar a possibilidade de aplicar a *Rule 60(b)(5)*, as Cortes deveriam ter verificado se, como resultado de aperfeiçoamentos estruturais e administrativos, o Distrito de Nogales estava conseguindo proporcionar oportunidades educacionais igualitárias para os alunos do programa *ELL*. Além disso, concluiu-se que a ordem somente poderia ter sido estendida para todo o Estado do Arizona caso se houvesse constatado que outras escolas situadas além do Distrito de Nogales haviam falhado em atender aos requisitos do *EEOA*. Ao final, determinou-se a reforma da decisão da Corte de Apelação e o envio do caso para a Corte Distrital para que esta avaliasse se, de acordo com os parâmetros de decisão fixados pela Suprema Corte, a ordem estrutural emitida deveria ser considerada cumprida.

Conquanto Parkin tenha concluído, a partir do julgamento proferido em *Horne v Flores*, que o entendimento da Suprema Corte assentou-se no sentido de que as ordens que determinam reformas estruturais devem ser mais fáceis de serem encerradas do que quaisquer outras formas de injunções, verifica-se que, em verdade, para além de facilitar o encerramento das ordens estruturais, a Suprema Corte ressaltou a importância de aferir, no caso concreto, em que medida o conteúdo da ordem se revela adequado para atingir o fim almejado pelos autores da ação, evitando-se a interpretação de que apenas soluções únicas podem resolver problemas complexos.

De fato, Parkin reconhece que as informações geradas a partir das ordens estruturais que se baseiam na monitoração e acompanhamento qualitativo das obrigações dos réus revelam-se mais valiosas nas ações judiciais de hoje do que em qualquer outra época da história das ordens estruturais da experiência norte-americana. Assim, o autor conclui que a mudança das ordens do tipo *command-and-control* para a forma experimentalista de decidir demonstra o quanto se mostra essencial, para atingir os objetivos almejados em relação a determinada política pública, que as partes e os juízes avaliem conjuntamente quais medidas de fato funcionam e quais não funcionam<sup>282</sup>.

Ao lado das deficiências do sistema prisional e da dessegregação racial escolar, uma das questões que também foram judicializadas nos Estados Unidos refere-se à estruturação do sistema de cuidados de crianças em situações de risco – *child welfare system* – política pública que, no Brasil, é denominada de *acolhimento institucional* pela Lei 8.069/90, que disciplina o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA). A propósito, Ellen Borgersen e Stephen Shapiro fazem uma análise detalhada do modo pelo qual a referida política pública foi conduzida na cidade de Kansas, no estado de Missouri, após ter sido levada à apreciação judicial, no caso *G.L v. Zumwalt*, em razão do descumprimento de regras federais e estaduais pelo órgão responsável pela manutenção do sistema de proteção às crianças<sup>283</sup>.

A mencionada ação foi ajuizada, no ano de 1977, em favor de cinco crianças que estavam acolhidas sob a custódia do Departamento Estadual de Serviços Familiares do Distrito de Jackson, ao fundamento de que as crianças sofriam violações físicas e emocionais e que o seu direito de não serem prejudicadas, quando estivessem sob a custódia do Estado, estavam sendo violados. No curso da ação, identificou-se que essas violações eram sistêmicas, uma vez que cerca de sessenta por cento das crianças que estavam sob a custódia do Distrito de Jackson encontravam-se em situações de risco relacionadas a abusos e negligência<sup>284</sup>.

Cerca de cinco semanas antes da data agendada para o início do julgamento, os advogados dos autores e do Distrito de Jackson iniciaram negociações com o objetivo de formalizar um acordo, o qual acabou dando origem a um *consent decree* (ordem judicial emanada do consenso entre as partes). Na análise de Borgersen e Shapiro, a ordem judicial determinava, em essência, o cumprimento de obrigações que a legislação já impunha, sem trazer perspectivas de como a ordem, na prática, deveria ser cumprida. Diante da continuidade

---

<sup>282</sup> PARKIN, *Aging injunctions and...*, 2017, p. 219.

<sup>283</sup> BORGENSEN, Ellen; SHAPIRO, Stephen. The role of class action litigation in achieving child welfare reform: a study in public conflict resolution. *Negotiation Journal*, v. 13, p. 283-299, 1997.

<sup>284</sup> BORGENSEN; SHAPIRO, *The role of class...*, 1997, p. 284.

do descumprimento da decisão judicial, no ano de 1985 foi apresentada uma moção para que fosse reconhecido que os réus descumpriram a ordem. Na ocasião, foi nomeado um comitê de acompanhamento para identificar quais mudanças de fato haviam sido realizadas<sup>285</sup>.

Em 1990, uma nova moção de desobediência foi apresentada pelos autores, que foi veementemente contestada pelo Procurador-Geral ao argumento de que o Estado estava fazendo esforços razoáveis para cumprir a ordem judicial. A moção foi julgada em 1992, reconhecendo-se que o Departamento Estadual de Serviços Familiares não havia feito esforços bastantes para cumprir a determinação judicial, e determinando-se onze medidas como forma de compelir o Estado ao cumprimento, inclusive a determinação para que fosse requerida uma suplementação orçamentária para financiar o número fixado de assistentes sociais<sup>286</sup>.

No ano seguinte, em 1993, isto é, dezesseis anos após o ajuizamento da ação, uma abordagem inovadora para a solução do conflito foi apresentada pelo Centro de Estudos de Políticas Sociais, uma organização não governamental sediada em Washington, que se propôs a atuar como mediadora das negociações entre os envolvidos. Ao contrário do primeiro acordo entabulado – do qual participaram apenas os advogados das partes formais do processo judicial –, o Centro de Estudos promoveu a inclusão de administradores e trabalhadores do Departamento Estadual de Serviços Familiares, pais e advogados das crianças acolhidas e líderes comunitários, tudo com o intuito de formatar um plano exequível e realista que retratasse, para além dos requerimentos técnicos legais, as necessidades substanciais do sistema de proteção às crianças em situação de risco. Esse influxo de novos participantes também teve como objetivo despertar o envolvimento de mais pessoas com a causa, viabilizando a posterior implementação do plano e sua efetiva fiscalização. Acordou-se, na ocasião, que o Estado não apelaria da ordem judicial anteriormente proferida e que os autores não adotariam nenhuma medida no sentido de executá-la compulsoriamente<sup>287</sup>.

A nova configuração do conflito, que passou a contar com a participação dos atores acima mencionados, e ainda com a interveniência de especialistas renomados na área de políticas públicas de proteção infantil, culminou com a produção consensual de um plano denominado “Construindo para o futuro: um sistema de proteção social de alta qualidade para as crianças do Distrito de Jackson”. O plano contemplou uma série ações relacionadas ao incremento da qualidade do serviço de cuidados às crianças em situações de risco, e não apenas o serviço que se destinava às crianças a serem adotadas, como havia sido inicialmente

---

<sup>285</sup> BORGENSEN; SHAPIRO, *The role of class...*, 1997, p. 286-287.

<sup>286</sup> BORGENSEN; SHAPIRO, *The role of class...*, 1997, p. 288-289.

<sup>287</sup> BORGENSEN; SHAPIRO, *The role of class...*, 1997, p. 289-291.

proposto na inicial da ação judicial. As partes concluíram que, em verdade, era impossível readequar uma parte do sistema de proteção social de crianças de forma isolada dos demais serviços interdependentes, sobretudo daqueles relacionados ao atendimento às famílias cujas crianças corriam o risco de serem institucionalizadas<sup>288</sup>.

O referido plano de ações deu origem a um novo *consent decree* em outubro de 1994. No ano seguinte, o comitê de monitoramento emitiu novo relatório em que ainda se constatava que alguns aspectos do plano não estavam sendo cumpridos. Os especialistas que atuaram como mediadores na formulação inicial novamente promoveram uma reunião dos atores para discutir as formas de implementação. A partir desse novo encontro, as partes acordaram em continuar a insistir na melhoria consensual dos serviços, estabelecendo, de boa fé, objetivos comuns que consideravam relevantes<sup>289</sup>. Até a finalização do artigo de Borgersen e Shapiro, o acompanhamento das reformas do serviço de proteção às crianças do Distrito de Jackson continuava em andamento<sup>290</sup>.

De acordo com a conclusão de Borgersen e Shapiro, a interveniência do Centro de Estudos de Políticas Sociais e dos especialistas em políticas públicas de proteção infantil foi decisiva para superar duas cruciais limitações verificadas no curso do trâmite da ação: o foco indevidamente estreito do objeto de questionamento – restrito às crianças suscetíveis à adoção – e a postura excessivamente adversarial assumida pelas partes ao tentar resolvê-lo. Para os autores, a principal lição do caso consiste na percepção de que é extremamente difícil sair da “caixa da litigância” e começar a estabelecer a confiança com base na qual uma resolução consensual e potencialmente transformativa do conflito depende<sup>291</sup>.

Nesse contexto da evolução da jurisprudência norte-americana em relação às *structural injunctions*, revela-se também interessante notar, por meio da análise do julgamento proferido em *Brown x Board of Education I*, que a Suprema Corte não cuidou de especificar a forma como a segregação racial nas escolas, entendida como inconstitucional, seria superada. Tal medida somente se revelou possível por meio da atuação das cortes federais distritais, que buscaram a adequação, no caso concreto, conforme as particularidades locais, das medidas a serem adotadas para se atingir o objetivo de dessegregação. Conforme registra Rendleman,

---

<sup>288</sup> BORGENSEN; SHAPIRO, The role of class..., 1997, p.291-292.

<sup>289</sup> BORGENSEN; SHAPIRO, The role of class..., 1997, p. 294-295.

<sup>290</sup> No ano de 2001, um novo *consent decree* foi emitido a pedido das partes, que renegociaram as ordens anteriormente emitidas. Na mesma oportunidade, as partes submeteram à apreciação judicial uma revisão do Guia Operacional destinado a funcionar como um plano detalhado para orientar o cumprimento do *consent decree*, o qual foi homologado. A ordem está disponível em: <<https://www.clearinghouse.net/chDocs/public/CW-MO-0001-0002.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

<sup>291</sup> BORGENSEN; SHAPIRO, The role of class..., 1997, p. 297.

eram os autores e os réus (distritos escolares) que desenvolviam ciclos periódicos de negociação, redação e apresentação de um plano para ser submetido à aprovação judicial, de modo a dar concretude à ordem de dessegregação proferida<sup>292</sup>. Assim, em última análise, as soluções foram moldadas pelas próprias partes.

Analisando em retrospectiva os julgamentos que culminaram com as reformas das prisões americanas, Margo Schlanger observa que as ordens estruturais, ao contrário de se traduzirem no resultado de julgamentos heroicos – conforme a abordagem que considera ser a preferida da maioria dos autores que trata das ordens estruturais –, consubstanciaram o produto de um esforço conjunto de administradores de prisões, advogados, prisioneiros e, também, juízes<sup>293</sup>. Para o autor, a história da litigância relacionada às reformas das prisões é produto de uma intrincada interação de diversos grupos, com variados papéis, interesses e limitações<sup>294</sup>. Com efeito, Schlanger afirma que a maioria das decisões estruturais resultou de “*consent decrees*” (ordens consentidas), isto é, de ordens judiciais<sup>295</sup> cujos conteúdos foram produzidos a partir de acordos<sup>296</sup> construídos pelas próprias partes, os quais parecem ter sido,

---

<sup>292</sup> RENDLEMAN, Brown ii’s “all deliberate speed”..., 2004, p. 9.

<sup>293</sup> SCHLANGER, Civil rights injunctions..., 2006, p. 553.

<sup>294</sup> SCHLANGER, Margo. Beyond the Hero judge: institutional reform litigation as litigation. Review of judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons, by M. M. Feeley and E. L. Rubin, co-authors. University of Michigan Law School: *Mich. Law Review*, v. 97, n. 6, p. 1994-2036, 1999, p. 1999.

<sup>295</sup> Margo Schlanger faz uma crítica incisiva à abordagem feita por Feely e Rubin no livro “O controle judicial e o Estado Moderno: como as cortes reformaram as prisões americanas”, ao afirmar que, apesar de a celebração de acordos constituir uma característica notável dos casos de litigâncias que envolvem reformas estruturais, os autores não chegaram a abordar a importância dessas negociações. Segundo Schlanger, “talvez tenha sido o desejo deles de legitimar os juízes como formuladores de políticas públicas que levou Feely e Rubin a não aprofundarem aspectos dos casos das prisões que evidenciam que os juízes estavam distantes de serem os únicos porta-vozes da política pública”. O autor finaliza a sua análise com as seguintes observações: “A litigância das reformas estruturais não é um movimento judicial, mas uma prática política. Como as cortes começaram, e se elas ainda continuam a ser a arena de tais litígios; como tais litígios se apresentam; ou se eles são vitoriosos ou falham são produtos não apenas do papel ou da função judicial, mas dos objetivos, recursos e ações de muitos outros grupos e atores, selecionados pelo filtro da litigância. Se os estudiosos se propõem a ser observadores e analistas desse universo de casos, então eles devem se despir do costume de falar apenas sobre os juízes e abrir os olhos para o grande espectro de participantes e forças de trabalho envolvidas (Tradução livre). (*Institutional reform litigation is not a judicial movement but a political practice. 188 How courts began, and whether they continue, to be an arena for such litigation; how the litigation looks; and whether it succeeds or fails are functions not simply of judicial will and role, but of the goals, resources, and actions of many groups and actors, filtered through the rules of litigation. If scholars are going to be useful observers and analysts of this universe of cases, we must free ourselves from our long-bred urge to talk only about judges and open our eyes instead to the full range of participants and forces at work*). (SCHLANGER, Beyond the Hero judge:..., 1999, p. 2014 e 2036).

<sup>296</sup> De acordo com a *Rule 23(e)(2)*, o juiz somente pode aprovar o acordo caso o considere justo, razoável e adequado. Na prática, porém, conforme observa Antônio Gidi, não se tem notícia da existência de proposta de acordo do réu que tenha sido aprovado pelo juiz contra a sugestão do advogado e do representante do grupo autor da ação. (GIDI, *A class action...*, 2007, p. 325).

segundo Schlanger e diversos autores<sup>297</sup> por ele citados, a fonte primária dos julgamentos dos casos das prisões<sup>298</sup>.

Em relação ao caso da reforma do sistema de proteção social às crianças em situação de risco da cidade de Kansas, extrai-se que as ordens judiciais emanadas, além de também serem da natureza de *consent decrees*, só passaram a ser satisfatoriamente implementadas, sob o ponto de vista de ambas as partes em litígio, quando outros atores sociais também foram chamados a participar das soluções. Ademais, a interveniência do Centro de Estudos de Políticas Sociais e de profissionais especializados em políticas públicas de proteção à criança revelou-se como uma participação mediadora das controvérsias travadas no âmbito judicial. Somente a partir do influxo de novos atores é que as partes formais do processo deixaram de se preocupar tanto com a execução (*enforcement*) das decisões judiciais proferidas e passaram a se voltar para a construção de um entendimento que abarcasse o aprimoramento do sistema de proteção à criança como um todo, conforme a metodologia de implementação e acompanhamento por elas mesmas elaborada.

Dessa forma, é possível concluir que o denominado *experimentalismo judicial* preconizado por Sabel e Simon - que se refere a uma modalidade decisória que implica a abertura judicial para a participação ativa das partes na conformação da decisão final, produzindo soluções inovadoras não antecipadas por nenhum dos atores isoladamente considerados - já se mostrava presente desde as primeiras ordens estruturais produzidas pela jurisprudência norte-americana.

### **3.4.6 Portugal**

Quando se trata da busca, por meio do Poder Judiciário, pela efetividade dos direitos que demandam prestações positivas por parte do Poder Público, merece especial destaque, no sistema jurídico português, o tratamento dispensado pelo Tribunal Constitucional aos direitos sociais.

Em obra especialmente dedicada a analisar o tratamento dos direitos sociais no ordenamento jurídico daquele país, Jorge Reis Novais observa que a jurisprudência constitucional é largamente influenciada pela jurisprudência alemã, apresentando nítidas

---

<sup>297</sup> SCHLANGER, Beyond the Hero judge:..., 1999, p. 2012-2013.

<sup>298</sup> SCHLANGER, Beyond the Hero judge:..., 1999, p. 2012.



características de autocontenção e timidez<sup>299</sup>, a despeito do extenso rol de direitos sociais consagrado na Constituição portuguesa<sup>300</sup>. Segundo o autor, essas características decorrem, sobretudo, do fato de os cidadãos não disporem de um instrumento adequado de garantia desses direitos perante o Tribunal Constitucional, ao contrário do que ocorre com os direitos de liberdade. Assim, caso o Estado esteja constitucionalmente obrigado a realizar determinado direito social e não o faça, não há mecanismo processual capaz de provocar, perante a corte constitucional, o suprimento da omissão quanto à regulamentação de determinado direito social. Daí decorre que, de acordo com Reis Novais, praticamente todos os casos importantes de direitos sociais no Tribunal Constitucional tenham surgido não em relação a eventual inconstitucionalidade por omissão ou a eventuais déficits inconstitucionais de realização de direitos, mas a propósito da emissão de leis que afetam o nível já alcançado de realização desses direitos<sup>301</sup>.

Contudo, sob o ponto de vista do aludido autor, ainda quando a análise do tribunal recai sobre leis que repercutem sobre direitos sociais constitucionalmente garantidos, reconhece-se ao legislador ordinário uma ampla margem na realização ou conformação desses direitos, só sendo admissível limitá-lo quando afeta o “núcleo essencial de direitos sociais já realizados” ou quando destrói um “nível realizado de concretização legislativa que já beneficiava de uma sedimentação na consciência jurídica geral que lhe conferia o estatuto de direito materialmente constitucional”<sup>302</sup>. Sobre esse aspecto, a crítica contundente de Reis Novais é no sentido de que os limites das expressões “núcleo essencial” ou “consciência jurídica geral” são tão etéreos que, na prática, acabam por libertar o administrador e o legislador para restringirem tudo o que casuisticamente se considere como não essencial<sup>303</sup>.

Revela-se digna de destaque, no entanto, a decisão proferida no Acórdão nº 474/02<sup>304</sup>, em que o Tribunal Constitucional considerou inconstitucional a omissão do legislador português quanto à adoção de medidas legislativas necessárias para conferir exequibilidade à garantia constitucional da assistência material aos trabalhadores que se encontram em situação de desemprego involuntário, prevista no art. 59, nº 1, alínea “e”. A

<sup>299</sup> NOVAIS, *Direitos sociais*:..., 2010, p. 374.

<sup>300</sup> O tratamento dos direitos sociais encontra-se inserido no Título III, Capítulo II, da Constituição portuguesa de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

<sup>301</sup> NOVAIS, *Direitos sociais*:..., 2010, p. 376.

<sup>302</sup> NOVAIS, *Direitos sociais*:..., 2010, p. 383.

<sup>303</sup> NOVAIS, *Direitos sociais*:..., 2010, p. 384.

<sup>304</sup> Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/405694/details/normal?q=474%2F2002>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

despeito do reconhecimento da inconstitucionalidade, a omissão só veio a ser sanada seis anos após o julgamento<sup>305</sup>.

Verifica-se, assim, que conquanto a Constituição portuguesa de 1976 preveja extenso rol de direitos sociais (arts. 63 a 72), a Corte Constitucional daquele país tem assumido uma posição tímida no que concerne à adoção de medidas tendentes a conferir-lhes efetividade por meio do Poder Judiciário. De fato, tal responsabilidade recai, em grande medida, sobre os Poderes Executivo e Legislativo.

Com efeito, segundo Vieira de Andrade, o conteúdo dos preceitos da Constituição portuguesa que dispõem sobre direitos sociais e das pretensões correspondentes não é, a não ser num patamar mínimo, determinado pela Constituição e não pode ser-lhe imputado pela via da interpretação. Para o autor, esse conteúdo depende, no essencial, da vontade do legislador ordinário, ao qual se deve entender que foi delegado, por razões técnicas ou políticas, um poder de conformação autônoma<sup>306</sup>. Além disso, no caso de não haver legislação sobre a matéria ou na parte em que esta se revelar insuficiente para permitir o cumprimento das normas constitucionais, essas últimas não poderão ser aplicadas pelo juiz ou pela Administração, uma vez que se faz indispensável o juízo autônomo do legislador e ele não pode ser substituído por outra entidade<sup>307</sup>. Vieira de Andrade faz a ressalva, contudo, de que somente em casos excepcionais, em situações de necessidade ou injustiça extremas, e em relação ao conteúdo mínimo dos preceitos constitucionais, é que se poderia eventualmente pensar em se retirar diretamente da Constituição um determinado direito<sup>308</sup>. Caso contrário, segundo o autor, os juízes constitucionais iriam suscitar o aparecimento de situações frequentes de inconstitucionalidade, “tendo em conta o caráter generoso do programa de longo prazo contido nos preceitos relativos aos direitos sociais”<sup>309</sup>.

Na visão de Vieira de Andrade, esse posicionamento autocontido do Poder Judiciário frente à proteção jurídico-constitucional dos direitos sociais não é difícil de ser compreendida, tendo em vista a sua qualidade de direitos a prestações positivas estatais, as quais sempre dependem, segundo afirma, da perspectiva autônoma de conformação

---

<sup>305</sup> NOVAIS, *Direitos sociais:...*, 2010, p. 378.

<sup>306</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 301.

<sup>307</sup> ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, 1987, p. 302.

<sup>308</sup> ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, 1987, p. 302.

<sup>309</sup> ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, 1987, p. 306.

politicamente assumida pelo legislador e, na maior parte dos casos, da existência ou disponibilidade de recursos materiais escassos<sup>310</sup>.

Por tais razões, Vieira de Andrade afirma que, no ordenamento jurídico português, a proteção constitucional dos direitos sociais é sobretudo de natureza política, pois somente por meio das vias abertas pela política – tais como petições individuais e coletivas, participação e organização no processo de decisão, formas legítimas de pressão por intermédio dos partidos políticos e grupos sociais – é que o cidadão pode conseguir a efetivação de seus direitos sociais<sup>311</sup>. E conclui o mencionado autor, incluindo, sob esse mesmo regime de proteção, os direitos culturais e econômicos:

É que o cumprimento dos programas constantes destes preceitos constitucionais implica uma transformação das estruturas econômicas e sociais, um projeto de futuro, e constitui, por isso, uma questão que só pode ser resolvida ao nível da luta política no quadro democrático, tendo em conta as diversas alternativas possíveis de solução. A Constituição, enquanto estatuto jurídico do político, não fornece uma resposta concreta e determinada para o problema de como e em que medida deve o Estado prosseguir essa tarefa fundamental que é a de promover a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>312</sup>.

Embora reconheça que paira certa vagueza sobre *o que* e *quanto* se pode exigir em termos de concretização de direitos econômicos, sociais e culturais, Gomes Canotilho aponta como inequívocas as seguintes características quanto à sua possibilidade de realização:

- 1) gradualidade de implementação;
- 2) dependência financeira do orçamento do Estado;
- 3) tendência à liberdade de conformação legislativa quanto às políticas de realização desses direitos e
- 4) insusceptibilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos, exceto quando esses se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais ou se mostrem manifestamente desarrazoados<sup>313</sup>.

---

<sup>310</sup> ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, 1987, p. 343.

<sup>311</sup> ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, 1987, p. 344.

<sup>312</sup> ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, 1987, p. 345.

<sup>313</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais: “metodologia fuzzy” e “camaleões normativos”* na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 107.

Em síntese, Canotilho afirma que o limite que o Tribunal Constitucional invoca, alinhado com a jurisprudência constitucional alemã, é o de que não lhe cabe interferir em políticas públicas. Embora o autor manifeste concordância com esse limite, exterioriza, ao mesmo tempo, a preocupação de que tal postura produza efetivos prejuízos à concretização dos direitos sociais<sup>314</sup>.

Sob o ponto de vista das ações coletivas, verifica-se que o ordenamento jurídico português também não confere a tais instrumentos a mesma amplitude permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro no que concerne à possibilidade de realização de controle de políticas públicas. De fato, ao tratar sobre os interesses coletivos ou difusos, a Constituição portuguesa apenas faz referência expressa ao direito dos consumidores<sup>315</sup>. No que se refere ao instrumento processual judicial para realizar a tutela desses direitos, o texto constitucional contempla a ação popular<sup>316</sup> e confere-lhe ainda a possibilidade de ser ajuizada para promover a *prevenção, a cessação ou a perseguição* judicial das infrações contra a saúde pública, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do patrimônio cultural e, também, para assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autônomas e das autarquias locais. Nota-se, portanto, que tais dispositivos, conquanto sejam de natureza exemplificativa<sup>317</sup>, não denotam a possibilidade de utilização da ação popular contra o Estado no sentido de demandar-lhe uma prestação positiva, haja vista que se destinam à prevenção, cessação ou a perseguição judicial de infrações que atentem contra os interesses difusos mencionados e, ainda, à própria proteção dos bens estatais.

Por seu turno, o Código de Processo Civil português também contempla a possibilidade de propositura de ações para a tutela de interesses difusos<sup>318</sup> relacionados à

---

<sup>314</sup> CANOTILHO, *Estudos sobre direitos...*, 2008, p. 268.

<sup>315</sup> Art. 60, item 3, da Constituição portuguesa: As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos.

<sup>316</sup> Art. 52, item 3, da Constituição portuguesa: *É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do patrimônio cultural; b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autônomas e das autarquias locais.*

<sup>317</sup> Segundo afirma Miguel Teixeira de Sousa, baseado na jurisprudência portuguesa, a enumeração da Constituição é meramente enunciativa, isto é, nenhuma delas exclui que outros interesses possam ser igualmente qualificados como difusos. (SOUSA, Miguel Teixeira de. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português. *Revista de Processo*, V. 30, nº 128, 2005, p. 92).

<sup>318</sup> Ainda de acordo com Sousa, a jurisprudência portuguesa considera os interesses difusos como gênero, dos quais são espécies os interesses difusos *stricto sensu*, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos. (SOUSA, A tutela jurisdicional..., 2005, p. 83).

defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à proteção do consumo de bens e serviços<sup>319</sup>. Em tese, verifica-se que o Estado poderia figurar no polo passivo dessas ações. Contudo, conforme se explicitou sobre os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários dominantes no país, caso possíveis demandas se consubstanciem em pretensões prestacionais, o seu eventual atendimento estará obstaculizado pelo entendimento de que não se trata de matéria afeta ao controle jurisdicional ou, quando muito, estará condicionado à expressa previsão legislativa quanto ao conteúdo do direito e à disponibilidade de recursos financeiros.

### 3.4.7 Alemanha

A jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão a respeito da exigibilidade de prestações materiais em face do Estado, notadamente das prestações que se destinam a conferir efetividade a direitos sociais, está lastreada na Constituição de 1949 daquele país, que optou por não incorporar tal categoria de direitos em seu texto<sup>320</sup>. Assim, o debate sobre os direitos sociais a partir do texto constitucional alemão trava-se, portanto, no âmbito daqueles interpretativamente atribuídos, ou, em outras palavras, implícitos<sup>321</sup>.

A opção do constituinte alemão, segundo Andreas Krell, assentou-se no entendimento de que a efetividade dos direitos sociais depende de variados fatores econômicos e políticos, sem os quais se tornam meras “promessas vazias” ou “contos de lenda”. Assim, a fim de se evitar que o texto constitucional se traduzisse em promessas não realizáveis, acarretando a perda de sua normatividade, não foram contemplados em seu conteúdo direitos sociais fundamentais<sup>322</sup>. Na visão de Borowski, a desistência de positivar

---

<sup>319</sup> Art. 31 do Código de Processo Civil (Lei nº 41/13) português: *Ações para a tutela de interesses difusos. Têm legitimidade para propor e intervir nas ações e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à proteção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei.*

<sup>320</sup> A exceção ficou por conta de apenas um dispositivo, o art. 6º, item 4, que contemplou o direito da mãe à proteção e à assistência social da comunidade. (MARTINS, Leonardo (Org). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal Alemão*. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 91).

<sup>321</sup> BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Tradução de Claudio Molz e Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 20.

<sup>322</sup> KRELL, *Direitos sociais...*, 2002, p. 46.

tais direitos fundamentou-se no caráter provisório da Lei Fundamental e na imprevisibilidade da estrutura socioeconômica no futuro<sup>323</sup>.

Contudo, conforme adverte Krell, a não inclusão de direitos sociais na Lei Fundamental alemã não significa a recusa de seu ideário subjacente, haja vista que o seu art. 20<sup>324</sup>, ao inserir a previsão de Estado Social, impõe uma norma-fim ao Estado, no sentido de fixar-lhe, de maneira obrigatória, a direção da atuação estatal, presente e futura<sup>325</sup>.

Assim, diante da ausência de norma expressa constitucional que contemple os direitos sociais como direitos fundamentais, a jurisprudência constitucional alemã se firmou no sentido de que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos<sup>326</sup>. Por seu turno, a decisão sobre a disponibilidade dos recursos insere-se no âmbito da discricionariedade das decisões governamentais e legislativas, encarregados de elaborarem os orçamentos públicos<sup>327</sup>.

Nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha desenvolveu o entendimento que se traduziu na expressão “reserva do possível”, segundo a qual os direitos a prestações positivas em face do Estado estão sujeitos àquilo que é possível ao indivíduo, de maneira racional, esperar da sociedade<sup>328</sup>. Dessa forma, esse entendimento impossibilita exigências acima de um limite básico social<sup>329</sup>.

No que concerne a esse limite básico social, a referida Corte reconheceu o direito fundamental a um “mínimo de existência” ou “mínimo vital” com base no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à vida e à integridade física, conjugados com o ideário de Estado Social<sup>330</sup>. Entretanto, não ficou claro que *status* os direitos sociais ostentam além desse conteúdo definitivo mínimo<sup>331</sup>. Em um julgado do ano de 2010, o Tribunal Constitucional assentou:

---

<sup>323</sup> BOROWSKI, A estrutura dos direitos..., 2013, p. 21.

<sup>324</sup> Art. 20 da Lei Fundamental da República da Alemanha: (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> . Acesso em: 25 abr. 2018.

<sup>325</sup> KRELL, *Direitos sociais...*, 2002, p. 48.

<sup>326</sup> KRELL, *Direitos sociais...*, 2002, p. 52.

<sup>327</sup> KRELL, *Direitos sociais...*, 2002, p. 52.

<sup>328</sup> Como exemplo de aplicação da teoria da reserva do possível, Krell cita julgado da Corte Constitucional alemã em que foi recusada a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos (BVerfGE[Coletânea das Decisões do Tribunal Constitucional Federal], nº 33, S. 333).

<sup>329</sup> KRELL, *Direitos sociais...*, 2002, p. 52.

<sup>330</sup> KRELL, *Direitos sociais...*, 2002, p. 61.

<sup>331</sup> BOROWSKI, A estrutura dos direitos..., 2013, p. 24.

A pretensão jurídico-constitucional direta de garantia de um mínimo existencial digno estende-se (...) àqueles meios que são incondicionalmente requeridos para sustentar uma existência humana digna. Ela garante todo esse mínimo existencial através de uma garantia uniforme de direitos fundamentais, a qual abrange tanto a existência física do ser humano, portanto, alimentação, vestuário, utensílios domésticos, abrigo, calefação, higiene e saúde, quanto a garantia da possibilidade de estabelecer e manter relacionamentos inter-humanos e, em certa medida mínima, de participar na vida social, cultural e política, pois, como pessoa, o ser humano existe necessariamente com referências sociais<sup>332</sup>.

Deve ser destacado ainda o entendimento do Tribunal Constitucional, lembrado por Ingo Sarlet, no sentido do reconhecimento do direito das escolas privadas a obterem subsídios governamentais, com base no art. 7º, inciso IV<sup>333</sup>, da Lei Fundamental alemã, que autoriza a criação e a manutenção de escolas privadas destinadas a substituir escolas públicas. Após decisão do Tribunal Federal Administrativo, que reconheceu o direito das escolas privadas a subsídios governamentais ao fundamento de que, sem esse auxílio, a própria sobrevivência das escolas privadas estaria gravemente ameaçada – o que resultaria no esvaziamento da garantia constitucional de sua existência–, o Tribunal Federal Constitucional também acabou por adotar entendimento similar, no sentido de que o art. 7º, inciso IV, enuncia uma obrigação dirigida ao Poder Público voltada a proteger e promover as escolas privadas, não podendo limitar-se à mera autorização de funcionamento<sup>334</sup>.

Contudo, de acordo com o Tribunal Constitucional, o financiamento das escolas particulares também se encontra submetido ao limite da reserva do possível, estando, pois, condicionado à disponibilidade dos respectivos recursos. Reconheceu-se que incumbe ao legislador, mediante a ponderação de outros bens comunitários e das exigências resultantes da conjuntura econômica e global, decidir onde e como aplicar os recursos, sempre se atentando para o princípio da igualdade, de modo que, ao contemplar determinada escola com subsídios públicos, também estará obrigado a prever igual benefício para as demais escolas privadas<sup>335</sup>.

---

<sup>332</sup> BVerfGE, 125, 175 (222), citado por Martin Borowski em: *A estrutura dos direitos...*, 2013, p. 22.

<sup>333</sup> Art. 7 da Lei Fundamental da República da Alemanha: (4) É garantido o direito de instituir escolas particulares. Escolas particulares destinadas a substituir escolas públicas dependem da autorização do Estado e estão submetidas à legislação estadual. A autorização terá de ser concedida se as escolas particulares não tiverem um nível inferior às escolas públicas quanto aos seus programas de ensino e às instalações, assim como quanto à formação científica do seu corpo docente, e se não fomentarem uma discriminação dos alunos segundo a situação econômica dos pais. A autorização terá de ser negada se a situação econômica e jurídica do corpo docente não estiver suficientemente assegurada. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

<sup>334</sup> SARLET, *A eficácia dos direitos...*, 2009, p. 338.

<sup>335</sup> SARLET, *A eficácia dos direitos...*, 2009, p. 339.

Cumpra-se, ressaltar, porém, que esse entendimento do Tribunal Constitucional também cuidou de deixar claro o caráter excepcional do dever estatal de subsidiar escolas privadas, que somente estaria justificado caso o sistema privado de ensino estivesse em risco como instituição, de modo que a proteção judicial no sentido de fiscalizar tais subsídios somente seria possível quando se identificasse uma atuação estatal manifestamente insuficiente e negligente. Assentou-se, ainda, que o direito a uma prestação material concreta em benefício das escolas privadas estaria condicionada a expressa previsão legal<sup>336</sup>.

O Tribunal Constitucional alemão enfrentou ainda questão parecida ao tratar sobre o direito à educação consistente no acesso ao ensino superior, uma vez que esse último constitui monopólio estatal. Entendeu o tribunal que o Estado deveria garantir o tratamento igualitário no que tange às condições de acesso ao ensino superior, mas não assegurou o direito a uma vaga a todos os que a ela aspirassem. Também esse acesso foi condicionado ao limite da reserva do possível<sup>337</sup>.

Verifica-se, assim, que a postura conservadora da Corte Constitucional alemã, no que tange à emissão de ordens estruturais que garantam a efetividade de direitos sociais, coaduna-se com a falta de previsão expressa de tal categoria de direitos na Constituição do país. Não obstante, a Corte chegou a reconhecer o direito a uma prestação material mínima advinda do Estado, a fim de garantir o mínimo existencial ou mínimo vital à sobrevivência. Em relação aos demais direitos sociais, a Corte revelou-se refratária ao reconhecimento de direitos originários a prestações estatais, atrelando a possibilidade de sua concretização à efetiva previsão e disponibilidade de recursos financeiros.

No que concerne especificamente aos instrumentos processuais de tutela coletiva, Gregório Assagra afirma que tal proteção somente se dá, na Alemanha, por meio de ações associativas, isto é, ações coletivas ajuizadas por associações em defesa de interesses individuais aglutinados de seus associados. Dessa forma, não se revela possível a defesa de interesses de natureza pública ou difusa, uma vez que as associações só podem atuar em defesa de interesses da categoria que representam. Não obstante essa timidez das possibilidades de proteção judicial de direitos coletivos, Assagra destaca que ainda há autores, na doutrina alemã, que criticam a concessão de legitimidade às associações para a defesa dos

---

<sup>336</sup> SARLET, *A eficácia dos direitos...*, 2009, p. 340.

<sup>337</sup> Conforme entendimento constante de BVerfGE 33, 303 (333), citado por SARLET, *A eficácia dos direitos...*, 2009, p. 341.



interesses dos grupos sob o argumento de que são escassas as exigências de representação de seus membros<sup>338</sup>.

Conclui-se, portanto, que as experiências do Poder Judiciário português e alemão, no que tange à prolação de ordens que visam a interferir no funcionamento de instituições públicas ou das funções a elas relacionadas, revelam-se bastante acanhadas quando comparadas às experiências dos tribunais sul-africanos, colombianos, indianos, argentinos e norte-americanos mencionadas anteriormente. Tal diferenciação pode ser creditada não apenas à diversidade de perfil das cortes constitucionais desses países ou às peculiaridades do seu direito positivo, mas, em especial, às suas respectivas condições sociais, culturais e institucionais.

Não obstante essa diferença de postura em relação ao alcance dos provimentos judiciais que se relacionam com as políticas públicas, observa-se que o pano de fundo comum a todas as experiências citadas, para além dos princípios e regras jurídicas que os fundamentam, consiste mesmo na dificuldade de se vislumbrar formas de se moldar e de dar concretude à decisão judicial que impõe prestações positivas estatais, com a peculiaridade de que, nos primeiros países mencionados, essa dificuldade se evidencia nas fases de formulação e de cumprimento de sentença, e, nos dois últimos, antes mesmo que se reconheça judicialmente o conteúdo do direito material invocado, devido ao entendimento predominante de que não se trata de questão a ser resolvida pelo Poder Judiciário.

### **3.5 Análise crítica de conflitos coletivos submetidos à apreciação do Poder Judiciário brasileiro e o experimentalismo judicial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

Há mais de uma década foi proferido e publicado o voto do eminente relator Ministro Celso de Mello no julgamento paradigmático da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 45 (ADPF 45 MC/DF)<sup>339</sup>, que reconheceu a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas nos casos em que as omissões ou

<sup>338</sup> ALMEIDA, *Direito processual ...*, 2003, p. 115-117.

<sup>339</sup> EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). STF, ADPF N° 45, Rel. Ministro Celso de Mello, 29 de abril de 2004.

insuficiências das atividades estatais inviabilizassem o exercício de direitos fundamentais pelo cidadão ou pela sociedade em geral. Desde então, cumpre-se analisar o que de fato mudou no que diz respeito à evolução jurisprudencial quanto à matéria de intervenção judicial em políticas públicas e, precipuamente, quanto à efetiva realização de direitos fundamentais coletivos buscados pela via judicial.

Analisando-se alguns recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, que serão adiante citados, que versam sobre a matéria, depreende-se a consolidação do entendimento firmado por aquele órgão no sentido da admissibilidade do controle judicial de políticas públicas asseguradoras de direitos fundamentais, nas hipóteses em que a omissão estatal se revelar injustificada.

Recentemente verificou-se, por exemplo, a confirmação de acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que condenou o Município de Belo Horizonte ao restabelecimento dos convênios firmados com trinta e três clínicas de habilitação e reabilitação que foram descredenciadas ou a celebração de convênios com outras clínicas que pudessem atender a demanda de, pelo menos, 6.500 crianças e adolescentes que tiveram o tratamento interrompido, ou, ainda, o encaminhamento dessas pessoas para o tratamento, à custa do Município, oferecido pela rede privada suplementar, até a completa estruturação da Rede de Assistência à Pessoa Portadora de Deficiência Física, Visual, Auditiva, com Paralisia Cerebral, Distúrbios Comportamentais, Deficiência Mental ou Autismo, nos moldes estabelecidos pela Portaria nº 1.635/2002, do Ministério da Saúde<sup>340</sup>. Registrou-se, ainda, a condenação do Estado do Paraná ao custeio de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública<sup>341</sup>. Verificou-se, também, a condenação do Estado do Amazonas às obrigações de fazer consistentes em ampliação e melhoria no atendimento de gestante em maternidades estaduais, garantindo a assistência materno-infantil resultante de norma constitucional<sup>342</sup>. Cumpre-se citar, ainda, acórdão no qual se confirmou sentença que havia condenado o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino

---

<sup>340</sup> Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745, Minas Gerais, Relator: Min. Celso de Mello, 02 de dezembro de 2014. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

<sup>341</sup> Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 727.864, Paraná, Relator: Min. Celso de Mello, 04 de novembro de 2014. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

<sup>342</sup> Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 581.352, Amazonas, Relator: Min. Celso de Mello, 29 de outubro de 2013. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida<sup>343</sup>.

A fundamentação dos provimentos judiciais supramencionados assenta-se, em síntese, na legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição, bem como no entendimento de que não seria cabível a invocação do argumento da *reserva do possível* sempre que tal cláusula pudesse comprometer o núcleo básico que qualifica o *mínimo existencial*.

Não obstante a solidez dos argumentos jurídicos apresentados nos acórdãos citados, a questão que naturalmente se coloca a partir do trânsito em julgado dessas decisões proferidas pela última instância do Poder Judiciário é: *como executá-las*? Já se demonstrou, em outro ponto deste trabalho, que a disciplina legal de cumprimento de sentenças que implicam obrigações de fazer ou não fazer em face do Poder Público é a mesma, tanto para as ações individuais quanto para as ações coletivas. Verificou-se, ademais, que a legislação processual atribui ampla discricionariedade ao juiz para viabilizar o cumprimento da decisão, autorizando-lhe a adotar todas as medidas necessárias à satisfação do exequente, conforme previsão do *caput* do art. 536 do CPC/15<sup>344</sup>.

Ocorre que as medidas exemplificativas, previstas no parágrafo primeiro do citado artigo – quais sejam, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, inclusive com auxílio de força policial – não se revelam nem de longe suficientes para garantir o cumprimento de decisões judiciais que determinam a implementação de políticas públicas complexas, as quais comumente reclamam planejamento, previsão orçamentária, programa de trabalho, mão de obra, gestão rotineira e contínua, disponibilização de imóvel, dentre outras providências. Por outro lado, quando se trata de decisão com repercussão individual, como, por exemplo, a disponibilização de vaga em escola ou o fornecimento de medicamento, a imposição de multa ou, em último caso, o bloqueio de recursos financeiros do ente público<sup>345</sup>, revelam-se medidas suficientes para garantir o cumprimento da decisão.

---

<sup>343</sup> Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337, São Paulo, Relator : Min. Celso de Mello, 23 de agosto de 2011. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> . Acesso em: 28 abr. 2017.

<sup>344</sup> Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

<sup>345</sup> STJ, REsp 890441/RS, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 02/04/2007; REsp 746781/RS, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 22/05/2006.

Conforme visto em alguns exemplos do direito norte-americano, tratados no item anterior, o cumprimento de decisões judiciais que implicam interferência em políticas públicas complexas muitas vezes se dá por meio da nomeação, pelo juiz, de um *special master*, o qual então se encarrega de acompanhar de perto – muitas vezes dentro das próprias instalações do réu – o cumprimento do plano de trabalho e das metas fixadas pelo Poder Judiciário, segundo o modelo do *comand-and-control*. No direito brasileiro, a figura do administrador judicial previsto na Lei de Falências (Lei nº 11.101/05) constitui exemplo próximo tratado na legislação, muito embora, nessa hipótese, somente possam ser réus das ações de recuperação judicial e falência os empresários e sociedades empresárias (art.1º da Lei nº 11.101/05). Além disso, a Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011) também prevê hipótese na qual o juiz pode nomear um interventor para realizar os atos necessários ao cumprimento de decisão judicial que determinar o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer em face de empresas (art. 96), pelo prazo máximo de 180 dias (art. 106).

Perscrutando-se alguns julgados de tribunais brasileiros relativos à fase do cumprimento de sentenças, proferidas em ações coletivas, que implicaram obrigações de fazer complexas em face do Poder Público, cumpre-se citar acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>346</sup> que examinou, em grau recursal, decisão interlocutória proferida pelo juízo da Comarca de Ouro Preto no procedimento de cumprimento de sentença, iniciado pelo Ministério Público, em ação civil pública na qual os pedidos haviam sido julgados parcialmente procedentes, com o trânsito em julgado, para o fim de se determinar, dentre outras medidas, que o município de Ouro Preto promovesse a adequação do aterro em que era depositado o lixo, denominado “Rancharia”, à legislação ambiental.

Na fase executória, o juízo da Comarca de Ouro Preto deferiu pedido do Ministério Público para determinar que o município, no prazo de 90 dias, se abstinhasse de utilizar o aterro denominado Rancharia como “lixão”, condicionando-se a sua liberação à comprovação das adequações necessárias à sua operacionalização, mediante autorização dos órgãos competentes, sob pena de multa.

Por ocasião do julgamento do agravo de instrumento interposto pelo município de Ouro Preto, o Tribunal de Justiça entendeu que, não obstante estivesse evidenciada a omissão do ente municipal em promover a adequação do “lixão” às exigências legais, a decisão do juízo *a quo* não se revelava razoável e praticável, razão pela qual se deu parcial provimento ao

---

<sup>346</sup> Agravo de Instrumento nº 1.0461.03.010953-6/001. Disponível em: [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br).

agravo para determinar que o agravante providenciasse as adequações necessárias à obtenção do licenciamento ambiental do aterro de Rancharia, no prazo de 12 meses, sob pena de multa.

Nesse contexto, impõe-se observar que a ação civil pública em questão foi ajuizada no ano de 1992 e transitada em julgado no ano de 2003, ano em que se iniciou o cumprimento de sentença. Após sucessivas omissões do ente público condenado, o juízo de primeiro grau fixou um prazo peremptório de 90 dias para que os lançamentos irregulares de resíduos sólidos no local em questão fossem cessados. Não obstante, em grau de recurso, o Tribunal entendeu por bem alongar o prazo para que o ente público desse início às ações para obtenção do licenciamento ambiental, procedimento esse que, por si só, é revestido de complexidade e cujo ato final é de competência de outro ente da federação, no caso, o estado de Minas Gerais. Assim, não obstante o decurso de cerca de quatorze anos após o trânsito em julgado da decisão, ainda foi concedida ao município, no ano de 2017, a oportunidade de iniciar o procedimento de licenciamento ambiental no prazo de 12 meses.

Diante de casos como esse, em que se constata a ineficiência dos formatos tradicionais de decisões judiciais que versam sobre conflitos coletivos relacionados a políticas públicas, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assumindo uma perspectiva inovadora, adotou uma forma diferenciada de decisão e de acompanhamento de seu cumprimento<sup>347</sup>. Curiosamente, tal experiência, precursora de uma forma nova de julgamento nos tribunais brasileiros, foi denominada pelo professor Oscar Vilhena Vieira de *experimentalismo judicial*<sup>348</sup>. O histórico do caso será descrito a seguir.

No ano de 2013, no município de São Paulo, constatou-se que diversos atores do sistema de justiça e da sociedade civil já haviam se mobilizado para buscar, judicialmente, por meio de ações individuais e coletivas, a obtenção de vagas e ampliação do número de vagas disponíveis na educação infantil, sem alcançar o almejado sucesso. Verificou-se que as sentenças proferidas em ações judiciais individuais limitavam-se a alterar a ordem da lista de espera pelas vagas, sem que houvesse qualquer perspectiva de efetiva expansão das vagas ofertadas ou garantia de educação de qualidade àqueles que de fato obtinham o acesso a uma vaga por meio de uma ordem judicial<sup>349</sup>. Em relação às decisões proferidas em ações

---

<sup>347</sup> Apelação Cível nº 0150735-64.208.8.26.002

<sup>348</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Experimentalismo judicial*. Folha de São Paulo, 03/05/2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2014/05/1448931-experimentalismo-judicial.shtml>>.

<sup>349</sup> Conforme consignado no acórdão proferido na Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.002, do TJSP, que tratou de forma ampla sobre a judicialização desordenada da política de ampliação de vagas em creches e pré-escolas do município de São Paulo: “(...) *Esse estado de coisas implicou a propositura de um sem número de ações, com pedidos de liminares muitas vezes deferidos, visando à matrícula em creche que, acolhidas e não*

coletivas, constatou-se a ineficácia dos meios coercitivos tradicionalmente adotados para garantir o cumprimento dos provimentos judiciais favoráveis, em especial a fixação de multa. Por tais motivos, as entidades da sociedade civil, Ministério Público e Defensoria Pública passaram a se articular em busca de estratégias mais eficientes para ampliar o acesso à educação infantil, que contemplassem um diagnóstico que levasse em conta as deficiências do planejamento público e estabelecesse um cronograma de implantação de novos equipamentos para a educação infantil<sup>350</sup>.

Diante desse contexto, o então Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Samuel Alves de Melo Júnior, na condição de Relator de duas ações civis públicas propostas pela ONG Ação Educativa e outras organizações do Movimento Creches para Todos, acatou o pedido formulado pelos atores envolvidos e converteu o julgamento dessas ações em uma audiência pública, que se realizou em agosto de 2013, atraindo significativa mobilização da imprensa e da sociedade civil<sup>351</sup>.

A partir da realização da audiência pública, iniciou-se um ciclo de conciliação com a Administração Pública do Município de São Paulo, findo o qual se deliberou, com base no Plano de Metas Municipal referente ao período 2013-2016, que seria apresentado pela Prefeitura um plano de expansão para criar pelo menos 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos idade, de forma a eliminar a lista de espera<sup>352</sup>, sem prejuízo da manutenção da qualidade da educação ofertada com base nas normas básicas editadas pelo Conselho Nacional de Educação e, suplementarmente, pelo Conselho Municipal de Educação.

Para assegurar o efetivo acompanhamento da implementação do plano, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou que a sua Coordenadoria da Infância e Juventude, em parceria com um Comitê de Assessoramento integrado por membros da sociedade civil, Ministério Público e Defensoria Pública, monitorassem o cronograma de ampliação das vagas a partir da análise dos relatórios encaminhados pela Secretaria Municipal

---

*podia ser diferente desorganizaram por inteiro as filas de espera, fazendo exsurgir situação mais danosa ainda: os beneficiados pelas decisões judiciais não só alteram a composição da fila e, muitas vezes, são incluídos em salas já saturadas de estudantes, com evidente prejuízo para o aprendizado*". Disponível em: [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br).

<sup>350</sup> Disponível em: <<https://jota.info/artigos/candidatos-criancas-paulistanas-contam-com-voces-20092016>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

<sup>351</sup> Disponível em: <<http://acaoeducativa.org.br/blog/2013/08/14/tribunal-de-justica-de-sao-paulo-convoca-audiencia-publica-para-tratar-da-situacao-de-violacao-ao-direito-a-educacao-infantil-em-creches-e-pre-escolas/>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

<sup>352</sup> Disponível em: <<http://fael.edu.br/noticias/prefeitura-de-sp-e-condenada-a-abrir-150-mil-vagas-na-educacao-infantil/>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

de Educação e por meio de reuniões semestrais com representantes do órgão<sup>353</sup>. Dessa forma, assegurou-se o diálogo permanente entre o Município de São Paulo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a sociedade civil com vistas a alcançar os objetivos traçados no Plano de Metas. Ao final do ano de 2016, apurou-se que houve um incremento de cerca de 100 (cem) mil vagas<sup>354</sup>.

Impõe-se destacar que, na decisão em análise, sequer houve fixação de penalidade ou qualquer outra medida coercitiva para o caso de descumprimento das obrigações impostas. Ressalvou-se, tão somente, a possibilidade de que, a qualquer momento, o juiz do processo pudesse fixar *astreints* para compelir os responsáveis a cumprir as determinações. Entretanto, tal medida não se revelou necessária. Em verdade, conforme informações obtidas diretamente a partir do Comitê de Assessoramento da Coordenadoria da Infância e Juventude, as reuniões periódicas foram realizadas e as prestações de contas apresentadas.

Outra medida inovadora adotada na ação judicial em questão consistiu justamente na definição do foro em que está se dando o cumprimento da decisão. De acordo com o disposto na legislação processual civil, o cumprimento de sentença ocorre perante o juízo que

---

<sup>353</sup> Eis o dispositivo do paradigmático acórdão:

“Destarte, a decisão que julgou improcedente a ação civil pública é reformada, de forma a:

1. Obrigar o Município de São Paulo a criar, entre os anos de 2014 e 2016, no mínimo, 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade, disponibilizando 50% (cinquenta por cento) nos primeiros 18 (dezoito) meses, das quais 105 (cento e cinco mil) em tempo integral em creche para crianças de zero a 3 (três) anos idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da educação ofertada, observando-se para tanto, quer quanto as unidades de ensino já existentes na rede escolar, quer referentemente àquelas que vierem a ser criada, as normas básicas editadas pelo Conselho Nacional de Educação e, suplementarmente, aquelas expedidas pelo Conselho Municipal de Educação.
2. Obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada.
3. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar a este Juízo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil para atendimento do estipulado no item “1”.
4. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada no item “1”. A esses relatórios terão acesso, no exercício de monitoramento, a Coordenadoria da Infância e da Juventude, a quem caberá, como posto no Acórdão que apreciou o Agravo Regimental já mencionado, fornecer ao Juízo, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado e articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, se necessário, a forma de acompanhamento da execução da decisão, seja no tocante à criação de novas vagas, seja no referente ao oferecimento de educação com qualidade, nos termos do que está sendo determinado. Fica claro que esse monitoramento não retira do Juiz do processo o poder de determinar, de ofício ou a requerimento das partes, outras medidas que se fizerem necessárias, para que a decisão tenha efetividade. Uma vez ordenada prestação de informações pela Municipalidade de São Paulo, bem como o acesso a elas que terão os órgãos referidos, não há razão para fixar penalidade pelo descumprimento das obrigações impostas e, com sugerido pelas apelantes em memorial, o bloqueio de verbas, para remanejamento, das rubricas orçamentárias destinadas à publicidade institucional na Lei Orçamentária em vigor, sendo certo, ademais, que, a qualquer momento o Juiz do processo, poderá fixar *astreints* para compelir os responsáveis a cumprir as determinações”. Disponível em: [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br).

<sup>354</sup> Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/educacao/2016/06/em-maio-sao-paulo-tem-menor-fila-em-creche-para-os-mes-dos-ultimos-4-anos-2362.html>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição (art. 516, II, CPC/15). No caso em análise, o próprio Tribunal de Justiça está promovendo o acompanhamento do cumprimento da decisão por ele proferida em grau de recurso. Saliente-se que os autores da ação sequer tiveram que dar início, formalmente, à fase de cumprimento de sentença. De fato, desenvolveu-se, por meio de um processo dialógico, transparente e participativo, uma forma verdadeiramente experimentalista de cumprimento de decisão judicial.

Findo o primeiro período de monitoramento (2014-2016) fixado na decisão, o desafio de ampliar a oferta de vagas na educação infantil, de forma a atender à crescente demanda do município de São Paulo, ainda permanece. O Tribunal de Justiça do Estado parece disposto a persistir no enfrentamento desse importante desafio, já que, em reunião realizada na data de 26 de abril de 2017, convencionou-se o agendamento de nova audiência pública, em 1º de junho de 2017, para tratar da questão com os representantes do governo eleito para o mandato 2017-2020 e todos os eventuais interessados na matéria<sup>355</sup>. Por ocasião da realização da audiência pública, designou-se audiência de conciliação a ser realizada no dia 14 de setembro de 2017, na qual a nova gestão comprometeu-se a apresentar um novo plano de ampliação das vagas e de qualificação da rede de educação pública infantil<sup>356</sup>.

Na referida data, após a realização de diversas reuniões de trabalho pelo Grupo Interinstitucional sobre Educação Infantil – GIEI, constituído pela ONG Ação Educativa, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, pelo Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo e por escritórios de advocacia, formalizou-se um acordo por meio do qual a Prefeitura de São Paulo comprometeu-se a ampliar 85.500 vagas em creches no período 2017-2020. Além disso, o acordo contemplou parâmetros de qualidade a serem progressivamente implementados, tais como redução do número de crianças por educador, limitação de dois grupamentos de crianças por sala de aula na faixa etária de zero a dois anos, existência de área externa em todas as unidades educacionais infantis e garantia de manutenção de programa de formação dos profissionais da rede privada conveniada<sup>357</sup>. O acordo foi homologado pelo Relator em 19/09/2017<sup>358</sup>.

A análise do caso das creches do Município de São Paulo e das experiências de direito comparado descritas no item anterior permite a identificação de uma característica em

---

<sup>355</sup> Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=40431>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

<sup>356</sup> Disponível em: <<http://www.cartaeducacao.com.br/reportagens/por-dia-70-familias-recorrem-a-justica-para-conseguir-vaga-em-creches/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

<sup>357</sup> Disponível em: <<http://acaoeducativa.org.br/blog/2017/09/18/acordo-judicial-sobre-educacao-infantil-no-municipio-de-sao-paulo-e-assinado/>>. Acesso em: 23 out. 2017.

<sup>358</sup> Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2017.



comum: os resultados mais satisfatórios, sob o ponto de vista da efetiva realização dos direitos buscados por meio da via judicial, foram alcançados a partir de estratégias consensuais e dialógicas, nas quais as próprias partes cuidaram de esclarecer entre si as questões que justificavam os seus respectivos posicionamentos. Verificou-se que, a partir de tratativas bem informadas, conduzidas de modo a promover a compreensão recíproca sobre toda a complexidade da política pública questionada, descortinaram-se soluções factíveis e aceitáveis por todos os envolvidos.

Partindo-se da concepção teórica de construção de consenso desenvolvida por Lawrence Susskind e Jeffrey Cruikshak, pretende-se demonstrar que os fatores que ensejaram soluções satisfatórias consensuais após o acionamento da via judicial podem ser propiciados em seara extrajudicial, antes mesmo do ajuizamento de ações coletivas, por meio de métodos de resolução de conflitos adequados às características das controvérsias.

## 4 CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS EM CONFLITOS COLETIVOS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

### 4.1 Meios adequados de resolução de conflitos coletivos no direito brasileiro

#### 4.1.1 Breves considerações sobre o conflito

A existência de conflitos constitui contingência da condição humana, uma vez que decorre de expectativas, valores e interesses contrariados, os quais geram percepções e posições divergentes quanto a determinados fatos e condutas. E é justamente a compreensão quanto ao caráter inevitável dos conflitos nas relações humanas que propicia o ambiente e a predisposição necessários ao desenvolvimento de soluções autocompositivas<sup>359</sup>.

Raul Calvo Soler esclarece que a identificação do que pode ser considerado um conflito não tem sido uma questão pacífica entre os estudiosos, uma vez que a sua caracterização tem estado muito atrelada à área do conhecimento com a qual cada autor trabalha. Como consequência, Calvo afirma que há uma carência de trabalhos preocupados em dar conta de uma noção universal de conflito<sup>360</sup>. Por seu turno, o autor, de forma abrangente, conceitua o conflito como sendo uma relação entre dois ou mais atores que percebem a incompatibilidade de seus objetivos em um cenário de interdependência<sup>361</sup>.

Ao tratar sobre a evolução histórica do conflito, Carlos Eduardo de Vasconcelos explica que, tradicionalmente, concebia-se o conflito como algo a ser suprimido e eliminado da vida social, e que a paz seria fruto da ausência de conflito. Contudo, a partir de uma visão sistêmica da sociedade moderna, concebe-se que, atualmente, a paz é um bem precariamente conquistado por pessoas ou sociedades que aprendem a lidar com o conflito, haja vista que

---

<sup>359</sup> Conforme alerta Adriana Sena, a distinção entre os meios autocompositivos e heterocompositivos não é unânime na doutrina nacional. Em linhas gerais, na autocomposição, o conflito é solucionado pelas partes, sem a intervenção de terceiros (conciliação e negociação), e a heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado por meio da interferência de um agente externo à relação conflituosa original (arbitragem e jurisdição). As controvérsias doutrinárias recaem sobre o enquadramento da mediação como meio auto ou heterocompositivo, pois, a despeito da presença de um terceiro facilitador do consenso, são as próprias partes que elaboram o seu conteúdo (SENA, Adriana Goulart de. Circulação de modelos jurídicos, recepção e mediação. Belo Horizonte: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Número Especial Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, p. 15-28, 2013, p. 16-18).

<sup>360</sup> SOLER, Aspectos básicos..., 2009, p. 7.

<sup>361</sup> SOLER, Aspectos básicos..., 2009, p. 14.

esse, quando bem conduzido, evita a violência e pode resultar em mudanças positivas e oportunidades de ganho mútuo<sup>362</sup>.

O tratamento de conflitos com o enfoque exclusivamente adversarial, baseado no reforço de argumentos e percepções unilaterais, tende a fomentar o confronto ou até mesmo a violência, dificultando a possibilidade de que o dissenso possa exercer em plenitude a função transformadora que lhe é inerente, isto é, de propiciar às partes a oportunidade de reconhecimento de diferenças e a identificação de interesses comuns e contraditórios, explícitos ou não.

De fato, o conflito pode se tornar uma força positiva que evita a estagnação, estimula a curiosidade e o aprendizado, e ainda desperta novas perspectivas dos problemas e a busca por novas soluções em âmbitos individuais e sociais. Conforme afirma Carrie Menkel-Meadow, trabalhar com conflitos individuais e coletivos ajuda a articular e a testar quais normas devem ser aplicadas a determinadas situações e, além disso, destaca que as negociações travadas durante os conflitos podem ter o potencial de tornar os indivíduos e grupos mais fortes ao desenvolverem capacidade de adaptação, flexibilidade e permanência<sup>363</sup>.

A autora Mary Parker Follett é apontada como uma das precursoras das atuais teorias sobre resolução de conflitos<sup>364</sup>, uma vez que, já na década de 1920, ela se mostrava interessada na forma como grupos de pessoas, utilizando-se de princípios de governança democrática, poderiam trabalhar juntos e produzir melhores resultados do que apenas cumprindo ordens que provinham de autoridades hierarquicamente superiores<sup>365</sup>. Os principais pilares do pensamento da autora – participação, conflitos construtivos, criatividade e comportamento integrativo – orientam até hoje grande parte das teorias sobre resolução adequada de conflitos. Nessa perspectiva, Follett compreendia a integração como um processo do qual novas soluções poderiam emergir quando as partes tentassem atender aos seus interesses sem o compromisso de ter que necessariamente abrir mão de alguma coisa<sup>366</sup>.

Curioso é notar que, conquanto o estudo do processo civil tradicionalmente tenha se proposto a desenhar métodos para a resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, conforme apontado no Capítulo 2, pouco tem se dedicado a compreender a própria dinâmica

---

<sup>362</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2017, p. 24.

<sup>363</sup> MENKEL-MEADOW, Mothers and fathers..., 2000, p. 6.

<sup>364</sup> MENKEL-MEADOW, Mothers and fathers..., 2000, p. 6-10; WALTON, Richard; McKERSIE, Robert. A behavioral theory of labor negotiations (1965); KOLB, Deborah. The Love for Three Oranges Or: What Did We Miss About Ms. Follett in the Library?, 11 NEG. J. 339 (1995).

<sup>365</sup> MENKEL-MEADOW, Mothers and fathers..., 2000, p. 7.

<sup>366</sup> MENKEL-MEADOW, Mothers and fathers..., 2000, p. 8.

do conflito e a identificar os meios mais adequados para buscar a sua resolução. De fato, a forma como vem sendo estruturado o estudo do processo civil nos respectivos manuais brasileiros<sup>367</sup>, bem como nas grades curriculares do curso de Direito, bem evidencia que o enfoque sobre a adoção do sistema adversarial há muito se revela predominante.

Contudo, tendo em vista principalmente o recente influxo de novas disposições normativas<sup>368</sup> que estimulam a busca por soluções autocompositivas para os conflitos, já se começou a atentar para o fato de que o sistema adversarial pode não ser o ideal para lidar com a maior parte dos conflitos que tradicionalmente vêm sendo trazidos ao Poder Judiciário. De fato, a lógica binária e polarizada baseada na oposição autor *versus* réu nem sempre se revela a mais adequada para a compreensão do conflito, podendo, ao contrário, ofuscar sua real complexidade.

Com efeito, as complexidades dos conflitos da vida moderna e, conseqüentemente, das ações judiciais, em especial as coletivas, têm demonstrado que as disputas normalmente têm mais de dois lados. Não obstante a existência de institutos e procedimentos que permitam a intervenção de terceiros, tais como o *amicus curiae* e o assistente, permitindo a participação de outros eventuais interessados no processo judicial, verifica-se que, em última análise, os intervenientes acabam por se alinhar a uma posição ou outra que se manifesta no polo ativo ou passivo da ação. Tradicionalmente, não há espaço, no processo judicial, para a adequada problematização e compreensão de questões, por exemplo, que envolvem múltiplas partes, com posicionamentos distintos.

Conforme alerta Carrie Menkel-Meadow, é preciso que sejam exploradas alternativas de processos que melhor possam servir a uma sociedade complexa e pós-moderna, permeada de conflitos multiculturais e com características distintas<sup>369</sup>. A autora argumenta que a lógica puramente adversarial acarreta a apresentação, muitas vezes falaciosa e exagerada, de narrativas que simplificam exageradamente os fatos e acabam não permitindo

---

<sup>367</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016. Até mesmo obras mais recentes, que se propõem a reconstruir a Teoria Geral do Processo, continuam a privilegiar a resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário. A propósito, vide: DIDIER, Fredie. *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: Juspodivum, 2017; DIDIER, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivum, 2017; MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria geral do processo*, Salvador: Juspodivum, 2017.

<sup>368</sup> Dentre tais normas, podem ser citadas a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça; a Resolução nº 118/14 do Conselho Nacional do Ministério Público; a Lei nº 13.105/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil; a Lei nº 13.140/15, que dispôs sobre a mediação como meio de solução de controvérsias.

<sup>369</sup> MENKEL-MEADOW, Carrie. The trouble with the adversary system in a postmodern, multicultural world. *William & Mary Law Review*. v. 38, p. 5-44, 1996, p. 12.

uma adequada consideração de soluções sequer cogitadas pelas partes ou seus advogados<sup>370</sup>. Desse modo, a forma negativa e reativa de pensar produzida pela argumentação adversarial pode limitar as possibilidades de soluções para os problemas levantados<sup>371</sup>.

O contraponto ao sistema adversarial encontra-se nos denominados *meios adequados de resolução de conflitos*, que oferecem alternativas ao sistema judiciário para a resolução de conflitos que possam, em tese, ser melhor conduzidos por processos que privilegiem a consensualidade e a colaboração. Essa mudança de paradigma, contudo, requer profundas transformações na formação do profissional do direito<sup>372</sup>, o qual, tradicionalmente, dedica-se por diversos semestres da graduação ao aprendizado de métodos processuais de *como litigar em juízo*<sup>373</sup>.

A previsão constante do art. 3º, §3º, do CPC/15, no sentido de que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, poderá contribuir para essa mudança de paradigma.

Em verdade, na maior parte dos casos, as soluções consensuais constituem o desfecho desejável dos conflitos, uma vez que facilitam a sua aceitação e seu efetivo cumprimento pelos envolvidos. Conforme observam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a conciliação, ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida”, oferece a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e que seja inclusive restaurado um relacionamento complexo e prolongado<sup>374</sup>. Entretanto, quando a via consensual não se revelar possível, o Poder Judiciário ou o processo arbitral abrem-se como opções institucionalizadas de solução adjudicada por terceiro imparcial.

<sup>370</sup> MENKEL-MEADOW, *The trouble with...*, 1996, p. 17-18.

<sup>371</sup> MENKEL-MEADOW, *The trouble with...*, 1996, p. 26.

<sup>372</sup> Conforme afirma Carrie Menkel-Meadow: “Se existem outras formas de lidar com conflitos multifacetários e que envolvem múltiplas partes, mediante o uso de processos de negociação facilitada tais como a mediação e a construção de consenso, então o estudante de direito moderno vai precisar aprender uma variedade de outras habilidades e “inteligências” para se dedicar a esse trabalho. (...) Aqui, estou sugerindo que alguma criatividade a respeito do processo pode ser tão importante quanto ideias relacionadas ao direito substantivo, e que irá requerer o aprendizado sobre como pensar fora das caixas do direito convencional. Argumentação, julgamentos e pesquisas jurídicas ainda são aspectos importantes de uma educação jurídica. Contudo, uma educação jurídica moderna também deve incluir o ensino de sociologia e psicologia do comportamento de grupos (...)”. (Tradução livre) (MENKEL-MEADOW, *When litigation is not...*, 2002, p. 58-59).

<sup>373</sup> Ao tratarem sobre a necessidade de uma “revolução democrática” do ensino jurídico brasileiro, Adriana Sena *et al* observam que: “(...) o bacharel em Direito tem a tendência em assimilar o acesso à justiça por um viés precipuamente formalista, percebendo-o apenas como o direito de cada cidadão de poder acionar o Poder Judiciário frente uma violação ou ameaça de violação de direitos.” (SENA, Adriana Goulart *et al*. *A revolução democrática do ensino jurídico*. In ENCONTRO DA ANDHEP, 8, 2014, São Paulo. *Anais...*, 2014. São Paulo: ANDHEP, 2014, p. 233-248).

<sup>374</sup> CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 84.

#### ***4.1.2 Atual estágio das previsões normativas sobre os meios adequados de resolução de conflitos coletivos no direito brasileiro***

A ênfase no estudo dos meios alternativos ou adequados de resolução de conflitos está atualmente em voga no direito brasileiro. Essa tendência se verifica não apenas em razão da cultura consensual propagada pela Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, e, mais recentemente, pela Resolução nº 118/14 do Conselho Nacional do Ministério Público, pela Lei nº 13.140/15 (Lei de Mediação) e pelo novo Código de Processo Civil - CPC (Lei nº 13.105/15), mas sobretudo em razão do contexto fático-jurisdicional que deu ensejo a toda essa gama de inovações normativas. Em verdade, a percepção do cidadão jurisdicionado, dos operadores do direito e dos estudiosos do sistema de justiça em geral já há muito constatou: o acesso ao sistema judicial não se traduz em sinônimo de acesso à justiça.

Diversos fatores são comumente apontados como causas dessa insuficiência da prestação jurisdicional, tais como excesso de demandas, número insuficiente de profissionais, inadequação da legislação processual, cultura social do litígio, formação acadêmica essencialmente adversarial dos bacharéis em direito, dentre outros. Nesse mesmo contexto é que o estudo do direito processual coletivo também encontrou campo fértil para o seu desenvolvimento, apresentando soluções técnico-processuais que pudessem reduzir o número de ações propostas, beneficiar o maior número de pessoas possíveis atingidas pela mesma situação fática e reduzir a insegurança jurídica decorrente da possibilidade de decisões contraditórias.

Contudo, a falta de órgãos jurisdicionais especializados no julgamento das ações coletivas<sup>375</sup> fez com que tais procedimentos coletivos consubstanciassem “mais um” nas prateleiras das secretarias e nas mesas dos magistrados, recebendo tratamento de priorização jurisdicional, na prática, quase equivalente às demandas individuais. E não sem razão, pois, de fato, disputam o status de prioridade com ações individuais que versam sobre alimentos, família, saúde, meio ambiente, direitos do idoso e da criança e do adolescente, fazenda pública, dentre outros. Passando-se a considerar as inúmeras comarcas de varas únicas pelo país, as ações cíveis urgentes ainda concorrem, em prioridade, com os processos criminais de réus presos e feitos relacionados à violência doméstica.

---

<sup>375</sup> É importante destacar, contudo, que já há notícias sobre projetos de implantação de varas especializadas em alguns estados, tal como no estado do Amazonas. Disponível em: <<http://www.ale.am.gov.br/2014/02/06/amazonas-podera-ganhar-vara-de-aco-es-coletivas-e-criminais-nas-relacoes-de-consumo-ate-marco/>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

Na tentativa de estabelecer alguma diferenciação ou regra de priorização de trâmite e julgamento, o CNJ passou a estabelecer, a partir do ano de 2014, metas direcionadas a tais espécies de ações<sup>376</sup>. A necessidade de estabelecimento de tais metas autoriza uma conclusão inexorável: a eficiência na prestação jurisdicional buscada por meio da técnica processual coletiva também encontrou as mesmas dificuldades de tramitação identificadas nas demandas individuais. Assim, no ano de 2016, novas metas foram estabelecidas em favor da celeridade no julgamento daquelas ações<sup>377</sup>, constituindo verdadeira política pública visando ao aprimoramento da duração da prestação jurisdicional, em observância ao princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CR/88.

Conclui-se, até este ponto, que as mesmas razões que ensejaram a busca por meios extrajudiciais e consensuais de resolução de conflitos para as pretensões individuais também são válidas para as pretensões coletivas. Contudo, as soluções até então apresentadas, ao menos em âmbito normativo, não atendem às peculiaridades dos conflitos que envolvem interesses coletivos.

Com efeito, a Resolução nº 125/10 do CNJ apenas regulamenta os centros de mediação e conciliação a serem instalados nos juízos e tribunais e faz breve referência à possibilidade de incentivo às mediações comunitárias, sem fornecer informações suficientes que permitam a compreensão da forma como essas últimas ocorreriam e em quais situações. Além disso, a citada resolução estabeleceu princípios e regras para mediação e conciliação aplicáveis, conforme previsto, às áreas empresarial, familiar, civil, bem como à área penal e à justiça restaurativa<sup>378</sup>.

Por seu turno, a Resolução nº 118/14 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP refere-se ao uso da mediação para conflitos *bilaterais* e ainda estende a sua possibilidade para as *mediações comunitária e escolar*, sem especificar como seria a técnica aplicada em cada uma das hipóteses. Além disso, deixou de considerar todas as outras

---

<sup>376</sup> Meta nº 6/CNJ do ano de 2014 para a Justiça Estadual e Justiça do Trabalho: Identificar e julgar, até 31/12/2014, as ações coletivas distribuídas até 31/12/2011, no 1º grau e no TST, e até 31/12/2012, no 2º grau.

<sup>377</sup> META 6 – Priorizar o julgamento das ações coletivas: STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho - Identificar e julgar até 31/12/2016: 1) No STJ, 60% dos recursos oriundos de ações coletivas distribuídas a partir de 01/01/2015; 2) Na Justiça Estadual, 60% das ações coletivas distribuídas até 31/12/2013 no 1º grau, e 80% das ações coletivas distribuídas até 31/12/2014 no 2º grau; 3) Na Justiça Federal, 100% das ações coletivas distribuídas até 31/12/2012 no 1º e 2º graus; 4) Nos Tribunais Regionais e Juízes do Trabalho, as ações coletivas distribuídas até 31/12/2013 no 1º grau e até 31/12/2014 no 2º grau; e 5) No Tribunal Superior do Trabalho, as ações coletivas distribuídas até 31/12/2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/metasp/609-gestao-planejamento-e-pesquisa/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/metasp-do-judiciario>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

<sup>378</sup> Conforme previsão do item 1.1, alínea “i”, do Anexo I da Resolução CNJ nº 125/2010, com a redação dada pela Emenda nº 2, de 08/03/2016.

hipóteses de conflitos de natureza coletiva e complexa, com múltiplas partes, nas quais o processo da mediação também poderia ser empregado. Ao mesmo tempo, a citada Resolução previu o instrumento da *negociação* para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de *direitos e interesses da sociedade*, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal<sup>379</sup>. Poder-se-ia concluir, portanto, à luz de tais regras, que a mediação e a negociação cumpririam papéis distintos e estanques nos conflitos coletivos.

A Lei nº 13.140/15, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, já estabelece em seu preâmbulo que se destina à mediação entre *particulares* como meio de solução de controvérsias ou à autocomposição de conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública ou no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público. Por sua vez, o CPC/15 destina-se a regular os procedimentos de ações judiciais individuais e, apenas subsidiariamente, aplica-se às ações coletivas. Ressalte-se que o único artigo que tratava, de forma explícita, das ações coletivas (artigo 333<sup>380</sup>), foi vetado.

Assim, verifica-se que embora haja uma legislação consolidada no Brasil destinada a regulamentar a resolução dos conflitos coletivos pela via judicial – o denominado sistema integrado de tutela de direitos coletivos constituído em especial pela parte processual do Código de Defesa do Consumidor (CDC/90) e pela Lei de Ação Civil Pública (LACP/85) – verifica-se que ainda não há uma clareza, seja normativa ou doutrinária, quanto aos procedimentos e métodos que podem ser utilizados na via extrajudicial para se alcançar uma solução autocompositiva do conflito coletivo<sup>381</sup>. E nem se diga que tal método ou procedimento seria o termo de ajustamento de conduta, passível de ser celebrado pelos órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública (art. 5º, §6º, LACP/85), uma vez que

---

<sup>379</sup> Art. 8º da Resolução nº 118/14 do CNMP.

<sup>380</sup> Cuja redação previa a possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva, a requerimento dos legitimados previstos no art. 5º da LACP, atendidos a certos pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, ocasião em que, após a conversão, observar-se-iam as regras do processo coletivo. O veto da Presidência da República assentou-se no entendimento de que, “da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar de demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3706104>>. Acesso em: 08 nov. 207.

<sup>381</sup> A Lei nº 13.140/15 faz menção, em seu art. 33, parágrafo único, à possibilidade de a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, *procedimento de mediação coletiva de conflitos* relacionados à prestação de serviços públicos, sem detalhar como ocorreria tal procedimento.



tal instrumento consubstancia apenas um meio de formalização do acordo, e não uma técnica de *como se chegar ao acordo* pela via extrajudicial.

Os métodos voluntários e autocompositivos<sup>382</sup> de resolução de conflitos, tais como a mediação, a conciliação e a negociação, conferem às partes a oportunidade de moldar o procedimento, participar ativamente do resultado, revelar ou descobrir interesses em vez de posições, despender menos recursos para resolver o conflito e acelerar a sua solução, transformar as relações e promover soluções que melhor atendem às suas necessidades. Nesse contexto, não há dúvidas de que os métodos utilizados para a busca de consensos ou acordos<sup>383</sup> entre particulares, titulares de direitos individuais, também podem ser empregados para o alcance do mesmo objetivo em conflitos verificados entre titulares de direitos coletivos ou seus representantes adequados - cuja legitimidade ativa<sup>384</sup> é, no caso do direito brasileiro, estabelecida pela lei – e as partes que porventura os tenham violado ou ameaçado violar.

Cumpra-se observar, entretanto, que o CPC/15 pouco contribui para diferenciar os métodos de conciliação e mediação. Pelo que se depreende das disposições legais, em especial dos parágrafos segundo e terceiro do artigo 165, a distinção principal consistiria na possibilidade de o terceiro imparcial propor ou não soluções para o conflito. O conciliador poderia fazê-lo, ao passo que ao mediador incumbiria estimular que as partes identificassem por si as soluções. Além disso, ao estabelecer que a conciliação se dará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e que a mediação, por seu turno, seja aplicada preferencialmente quando houver esse vínculo anterior, extrai-se que o objetivo maior da conciliação é a obtenção do acordo, e o da mediação é a manutenção do vínculo existente entre as partes, preservando-se a comunicação entre estas.

O ato de conciliar, seja em juízo ou extrajudicialmente entre as partes, pode ser considerado, sob o ponto de vista procedimental, o mais simples dentre os instrumentos autocompositivos. Trata-se, em verdade, de ato corriqueiro das relações humanas, apropriado

---

<sup>382</sup> Em relação à controvérsia doutrinária mencionada no item 4.1.1, adota-se, nesta pesquisa, o entendimento de que os meios *autocompositivos* de resolução de conflitos abrangem aqueles em que as partes, por conta própria ou com o auxílio de um terceiro imparcial sem poder decisório, alcançam um consenso (conciliação, mediação e negociação). Por seu turno, entendem-se como meios heterocompositivos aqueles em que há a necessidade da intervenção de um terceiro imparcial com poder decisório para definir o impasse (processo judicial e processo arbitral).

<sup>383</sup> Sobre a possibilidade de celebração de acordo em relação aos direitos coletivos, prevê o art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85 (LACP): “*Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*”.

<sup>384</sup> Sobre a legitimidade ativa para a defesa de direitos coletivos em juízo, vide: THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. *A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual*. Tese (Doutorado) – Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2003.

pelo Direito como espécie dos meios autocompositivos. Na prática, dentro ou fora do Poder Judiciário, a conciliação se traduz em uma conversa informal entre as partes com o objetivo de findar, ou ao menos reduzir, um conflito de interesses juridicamente tutelados, com o auxílio de um terceiro imparcial, o conciliador.

Na concepção de Fernanda Tartuce, por meio da conciliação, um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar as partes a celebrarem um acordo, e, se necessário, expor as vantagens e desvantagens em relação a suas posições e a propor saídas alternativas à controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do acordo<sup>385</sup>. Adriana Sena também conceitua a conciliação como método de solução de conflitos em que as partes atuam orientadas por um terceiro imparcial, em busca de um acordo satisfatório para ambas, e ressalta que a força condutora da dinâmica conciliatória por esse terceiro é real, uma vez que ele muitas vezes consegue programar um resultado que, originalmente, não era imaginado ou almejado pelas partes<sup>386</sup>.

A negociação, por seu turno, trata-se de procedimento autocompositivo oriundo, majoritariamente, das práticas e acordos comerciais, de cunho estritamente patrimonial, por meio do qual as partes estabelecem uma comunicação direta em busca de um consenso. É um dos métodos mais difundidos nos Estados Unidos, sobretudo após a publicação do disseminado livro *Getting to Yes*, de William Ury e Roger Fisher<sup>387</sup>. O Programa de Negociação da Universidade de Harvard, constituído entre uma parceria dessa universidade com o Massachusetts Institute of Technology – MIT, é um dos principais responsáveis pela reprodução e desenvolvimento das ideias originariamente concebidas na obra citada. Apesar de estar sediado na Faculdade de Direito de Harvard, o referido Programa contempla cursos de interesse de diversas áreas do conhecimento e profissionais, sobretudo de administradores de empresas, vendedores e gestores públicos e privados<sup>388</sup>.

Nos casos de tentativa de conciliação ou negociação, o pressuposto indispensável para a obtenção de um consenso satisfatório - sob o ponto de vista do sentimento de justiça experimentado pela parte de que se tenha alcançado, de fato, o melhor acordo possível – é a garantia de equilíbrio de representação e poder de negociação entre as partes à mesa. Caso tal

---

<sup>385</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Editora Método, 2016, p. 48.

<sup>386</sup> SENA, Adriana Goulart. Conciliação, globalização e flexibilização trabalhista: essencialidades e ensino jurídico. In SOUZA, Miracy Barbosa; MUNDIM, Fernanda de Lazari Cardoso; PEREIRA, Aline Rose Barbosa (Orgs.). *Cidade e alteridade*. Convivência multicultural e justiça urbana. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 326.

<sup>387</sup> FISHER, Roger; URY, William. *Getting to yes*. Penguin Books, London, 1983. (Como chegar ao sim).

<sup>388</sup> Detalhamento dos cursos oferecidos disponível em: <<http://www.pon.harvard.edu/executive-education>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

garantia não seja alcançada, os referidos instrumentos não se revelam, *a priori*, a melhor forma de acesso à justiça.

O CPC/15 não prevê a negociação como um instrumento próprio de busca de consenso. Em seu art. 166, §3º, admite a aplicação de *técnicas negociais* com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. A opção do legislador em excluir, da codificação da legislação processual civil, a negociação como instrumento próprio de obtenção de acordo parece decorrer do fato de que tal procedimento normalmente ocorre fora das instâncias do Poder Judiciário, antes que as partes procurem o órgão jurisdicional, ou mesmo após, durante a tramitação do processo. Contudo, a referida exclusão em nada afasta a aplicação do procedimento de negociação às fases da conciliação ou mediação, sobretudo diante da liberdade procedimental prevista no §4º do citado artigo<sup>389</sup>.

Assim, estabeleceu-se uma espécie de fungibilidade entre os instrumentos autocompositivos, com o intuito de adaptá-los às características dos conflitos e garantir maior eficácia na obtenção da solução consensual. Mas qual método se revela, em verdade, mais adequado à busca de consensos em conflitos coletivos? É o questionamento que orientará o desenvolvimento do próximo item.

#### **4.1.3 A necessidade de adequação da técnica à natureza dos conflitos**

Ao distinguir técnica<sup>390</sup> processual e procedimento, Luiz Guilherme Marinoni afirma que o procedimento é uma espécie de técnica processual destinada a permitir a tutela

---

<sup>389</sup> Art. 166, §4º “A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”.

<sup>390</sup> Ao cuidar da acepção geral do termo *técnica*, Aroldo Plínio Gonçalves a define como um conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades. (GONÇALVES, *Técnica processual ...*, 2012, p. 16.) No mesmo sentido, Rosemiro Pereira Leal afirma que a atividade *técnica* ou o ato *técnico* corresponde a procedimentos conjugados e bem orientados para produzir resultados úteis (LEAL, *Teoria geral...*, 2016, p. 76). Por seu turno, o termo *método* é tido por Marina Marconi e Eva Lakatos como um conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros -, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista. Para as mesmas autoras, *técnica* é um conjunto de preceitos ou processos de que se serve uma ciência ou arte; é a habilidade para usar esses preceitos ou normas, a parte prática. (MARCONI, Marina; LAKATOS, Eva. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 83 e 174). Embora as autoras se refiram especificamente aos *métodos e técnicas científicos*, as definições por elas empregadas demonstram a estreita correlação entre ambos os termos, razão pela qual se optou pela utilização de ambas as denominações nesta pesquisa, indistintamente. Com efeito, as expressões *técnicas consensuais*, *métodos consensuais* ou *meios consensuais*, da forma como foram utilizadas na pesquisa, podem ser tomadas como sinônimas. Essa opção se justifica tendo em vista, inclusive, o tratamento indistinto conferido pelo direito positivo brasileiro, ao referir-se à conciliação e à mediação como *métodos* de solução consensual de conflitos (art. 3º, §3º, e 359 do CPC/15) e como *meios* consensuais (art. 1º, parágrafo único, da Resolução nº 125/10 do CNJ), bem como por referir-se à mediação como atividade *técnica* (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.140/15).

dos direitos<sup>391</sup>. Segundo o autor, o que legitima os procedimentos especiais é a sua aptidão para atender às necessidades concretas dos homens, pois não há como tratar de maneira igual situações desiguais<sup>392</sup>. Assim, o sistema processual deve se adequar não apenas às características dos direitos materiais, mas também às diferentes posições sociais dos litigantes<sup>393</sup>. Dessa forma, exemplifica que, pensando-se em técnica processual adequada, cumpre-se considerar a necessidade de procedimentos que viabilizem a *participação* dos cidadãos, ainda que por meio de entidades legitimadas, na defesa de direitos econômicos, sociais e culturais de determinados grupos da sociedade<sup>394</sup>, coletivamente considerados.

Ao realizar interessante digressão sobre a utilidade da *participação* no processo ao longo da história do direito processual, Edilson Vitorelli divide as correntes doutrinárias que se formaram a esse respeito entre os defensores da participação instrumental e da participação essencial<sup>395</sup>. Segundo a ideia de participação instrumental, participação, na verdade, não significa necessariamente participação pessoal, uma vez que pode implicar uma “participação representativa”, exercida por meio de representantes designados pela lei ou pelos próprios representados. É essa concepção de participação que, no ordenamento jurídico brasileiro, legitima os processos coletivos judiciais<sup>396</sup>. Por outro lado, de acordo com a ideia de participação essencial, os próprios titulares dos direitos atingidos devem ter a oportunidade de participar de forma significativa do processo, sob pena de comprometimento de sua legitimidade<sup>397</sup>.

Por opção da legislação brasileira, o representante legitimado à propositura de ações coletivas não é um membro da classe, grupo ou comunidade atingida (conforme ocorre na *class action* norte-americana), uma vez que o legislador confiou a qualidade do exercício dessa representação ao dever funcional dos servidores públicos ou ao espírito cívico das associações. Contudo, para os meios autocompositivos de conflitos coletivos, conforme será demonstrado adiante, essa forma de participação instrumental não se revela suficiente. Faz-se necessária, em verdade, a conjugação entre as formas de participação instrumental e essencial, em caráter de complementaridade.

---

<sup>391</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149.

<sup>392</sup> MARINONI, *Técnica processual ...*, 2008, p. 152-153.

<sup>393</sup> MARINONI, *Técnica processual ...*, 2008, p. 153.

<sup>394</sup> MARINONI, *Técnica processual ...*, 2008, p. 155.

<sup>395</sup> LIMA, *O devido processo...*, 2016, p. 173.

<sup>396</sup> LIMA, *O devido processo...*, 2016, p. 172.

<sup>397</sup> LIMA, *O devido processo...*, 2016, p. 175.

Neste ponto, não se pode perder de vista, quando se tem como norte a busca da técnica processual adequada, qual a espécie de interesse coletivo envolvido e quais são os representantes de tal interesse. Segundo o art. 81 do CDC/90, os direitos coletivos podem ser subdivididos em *difusos*, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; *coletivos stricto sensu*, assim compreendidos os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; ou individuais homogêneos, que decorrem de origem comum.

À luz da perspectiva participativa acima exposta, não se mostra desejável, por exemplo, que no âmbito dos meios autocompositivos, uma pretensão que visa a concretizar *direitos individuais homogêneos* ou *direitos coletivos stricto sensu* seja satisfeita por meio da obtenção de um consenso de cujo procedimento os próprios titulares dos direitos individuais afetados não hajam participado de alguma maneira, uma vez que as características inerentes à titularidade do direito não perdem a sua importância em virtude do tratamento coletivo, sob o ponto de vista da legitimidade para a propositura de ações judiciais, dado à questão. Além disso, cumpre-se trazer à participação o representante, de fato ou de direito, da classe, grupo ou categoria de pessoas envolvidas na relação jurídica conflituosa, como forma de garantir a máxima representatividade possível dos interesses envolvidos.

No que se refere aos *direitos difusos*, embora os titulares sejam indetermináveis, a legislação brasileira atribui a determinados órgãos e entes públicos a legitimidade para firmar acordos em nome da coletividade (art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85). Contudo, em se tratando de um procedimento consensual sobre a forma de se chegar a tal acordo, tem-se como desejável a participação de representantes da sociedade civil, pessoas físicas afetadas, conselhos de políticas públicas e outros órgãos públicos, além daqueles formalmente legitimados para a adoção de providências em juízo.

Verifica-se, portanto, que a legitimidade para participar do procedimento autocompositivo do conflito coletivo nem sempre coincide com a legitimidade ativa processual conferida pela lei para veicular a pretensão coletiva em juízo. Cumpre-se, assim, nesse contexto de pluralidade de participantes, identificar qual é o método que se revela mais adequado para buscar a autocomposição, sobretudo quando se tem em vista a natureza complexa e de maior abrangência dos interesses envolvidos.

No Brasil, a Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, estabeleceu a previsão de que a negociação é aplicável às controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e

interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal. Assim, por meio da referida resolução, estendeu-se a possibilidade de aplicação da técnica da negociação aos conflitos coletivos. Contudo, conforme já destacado, embora o Ministério Público e outros entes e órgãos públicos possuam legitimidade ativa para representarem em juízo, em nome da coletividade, determinados interesses, cumpre-se anotar que, em sede de procedimentos extrajudiciais e consensuais, a participação dos titulares dos interesses representados revela-se não apenas possível, mas sobretudo desejável, conforme se detalhará adiante na pesquisa.

Sob essa perspectiva participativa, afirma-se que o procedimento que requer maior reflexão, sob o ponto de vista de sua aplicação aos conflitos coletivos, é o da mediação<sup>398</sup>. Com efeito, conforme se ressaltou, a atual disciplina normativa existente no direito brasileiro sobre a mediação revela-se insuficiente para orientar a sua aplicação aos conflitos coletivos, muito embora o procedimento tenha a potencialidade para se traduzir no método autocompositivo mais eficaz quando aplicável a essas espécies de conflitos.

Segundo Mary Preis, a mediação, seja realizada em sede extrajudicial ou após a propositura da ação, pode ser definida como um procedimento voluntário no qual uma terceira parte neutra, que não tenha autoridade para impor uma solução, auxilia os participantes a alcançar a sua própria solução para resolver uma disputa ou para planejar uma solução<sup>399</sup>.

No Brasil, tendo em vista as disposições da Lei nº 13.140/15, o processo da mediação é comumente pensado como técnica a ser empregada em conflitos individuais envolvendo duas partes, sejam pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público. Contudo, conforme observou Lawrence Susskind<sup>400</sup>, tendo em perspectiva diversos conflitos coletivos relativos a políticas públicas ocorridos nos Estados Unidos e analisados pelo autor, o mediador pode auxiliar em um variado número de situações

---

<sup>398</sup> De acordo com o *Uniform Mediation Act*, em vigor nos EUA, mediação significa “um processo no qual um mediador facilita a comunicação e a negociação entre partes para assisti-las no alcance de um acordo voluntário relativo à sua disputa”. Sob o ponto de vista doutrinário, a mediação é concebida como “*um processo de resolução de conflito no qual um terceiro mutuamente aceito pelas partes, que não tem autoridade para tomar decisões vinculantes, intervém em um conflito ou disputa para assistir as partes em prol da melhoria de seu relacionamento, aumentar a comunicação, e utilizar procedimentos de negociação e solução de problemas efetivos para alcançar entendimentos ou acordos voluntários e mutuamente aceitos em questões controversas*” (MOORE, Christopher. *The mediation process*. Practical strategies for resolving conflict. Fourth Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2014, p. 20).

<sup>399</sup> PREIS, Mary. Mediation: who will answer the policy questions? *Maryland Bar Journal*, v. XXVI, p. 25-26, October 1993.

<sup>400</sup> Lawrence Susskind é Professor do Departamento de Urbanismo e Planejamento Ambiental do Instituto de Tecnologia de Massachussets – MIT.

envolvendo grande diversidade de partes e questões de significativo interesse público<sup>401</sup> (conforme será tratado no item 4.3.2), particularmente antes que uma ação coletiva seja ajuizada.

Nesse contexto, há que se atentar para o fato de que os requisitos para um processo de mediação bem sucedido nos conflitos que envolvem múltiplas partes e questões multifacetadas – particularmente nas questões relacionadas às políticas públicas – são significativamente diversos daqueles aplicáveis à mediação envolvendo duas partes, seja antes, seja após o ajuizamento de uma demanda judicial.

Observa-se, por exemplo, que nos procedimentos autocompositivos entre particulares, as partes buscam no acordo a solução que seja, obviamente, satisfatória para ambas ou que possam satisfazê-las na melhor medida possível para um acordo<sup>402</sup>. Nesses casos, os interesses envolvidos, as variáveis, os efeitos, o representante das partes, as regras legais aplicáveis e a forma de execução do acordo são comumente muito claros para ambas os lados. O maior desafio reside mesmo, ou tão somente, no alcance do conteúdo do consenso.

Entretanto, quando se está diante de um conflito complexo – a exemplo daqueles que envolvem múltiplas partes, pressupõem a interferência de agências ou órgãos públicos, não estão claros em sua extensão e em relação aos interesses atingidos, dependem de análises técnicas, não apresentam precisão quanto à sua repercussão patrimonial, dentre outras características – a melhor alternativa consensual nem sempre é previsível ou possível de ser delineada de antemão por todos os envolvidos.

Assim, o procedimento a ser aplicável em tais casos não pode perder de vista as particularidades inerentes à espécie do conflito considerado. Com efeito, em muitos casos, algumas das partes envolvidas podem, em um primeiro momento, até mesmo se recusarem à busca da solução consensual, prejudicando a predisposição de todos os demais interessados nesse sentido. Além disso, há que se considerar que a própria escolha ou aceitação do mediador – ou agente facilitador do acordo – poderá se tornar um ponto de controvérsia, tornando ainda mais intrincado o procedimento.

Sob o ponto de vista de Lawrence Susskind, espera-se do mediador, em um conflito que envolve interesses públicos, que ele consiga convencer as partes a “virem para a mesa” e negociarem as regras do procedimento por meio do qual o acordo será buscado.

---

<sup>401</sup> SUSSKIND, Lawrence. Multi-party public policy mediation: a separate breed. *Dispute Resolution Magazine*, Fall, 1997, p. 4.

<sup>402</sup> No procedimento da negociação, Ury e Fisher intitularam de BATNA (“*best alternative to a negotiated agreement*”) ou “melhor alternativa para um acordo negociado”) o conteúdo mínimo de um acordo negociado que seja satisfatório para ambas as partes.

Segundo o mencionado autor, espera-se, ainda, que o mediador, a partir do que for discutido pelas partes, seja o responsável por elaborar a minuta dos termos do acordo, apresentá-lo aos envolvidos e, após alcançado o consenso, monitorar a sua implementação<sup>403</sup>.

Além disso, o mediador deve ser o responsável por identificar as partes que ainda porventura não estejam “à mesa”, mas precisariam estar em razão da natureza do conflito e dos interesses envolvidos. Incumbe ao profissional, ainda, a responsabilidade de aferir se as partes presentes constituem verdadeiros e suficientes *representantes adequados* daquelas que não participarão diretamente das negociações e discussões, mas serão afetadas por seu resultado.

A depender do objeto em discussão, a celebração do acordo somente pode ser possível a partir da assunção de compromissos provisórios e contingenciais, sobretudo quando paira insegurança sobre o que pode ou não acontecer a partir de determinado momento da execução do acordo (no caso das obrigações a serem assumidas por um ente público, pode-se exemplificar com a hipótese de drástica frustração de receita orçamentária).

Veja-se, portanto, que é possível vislumbrar, a partir do que foi exposto até aqui, significativas diferenças e particularidades entre o procedimento de mediação voltado para conflitos individuais bilaterais e aquele que deve ser aplicável aos conflitos coletivos, os quais são, por sua natureza, multipartes. Frise-se que a expressão *parte*, aqui utilizada no sentido de parte de um conflito, não se confunde com o sentido processual de *figurar como parte ativa ou passiva em ações coletivas*.

Não sem razão, as particularidades ora tratadas podem ser concebidas, à primeira vista, como dificuldades ou, ainda, como verdadeiros obstáculos à obtenção do consenso e à consequente celebração de um acordo com repercussões coletivas. Entretanto, não apenas a prática sedimentada de celebração de acordos coletivos em âmbito nacional, formalizados em termos de ajustamento de conduta<sup>404</sup>, fornece uma perspectiva otimista para a análise, como também os relatos de casos de sucesso encontrados na literatura comparada, sobretudo na norte-americana<sup>405</sup>.

---

<sup>403</sup> SUSSKIND, Multi-party public..., 1997, p. 5.

<sup>404</sup> Para uma abordagem mais profunda e detalhada, vide: RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Teoria e prática. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

<sup>405</sup> Citam-se, exemplificativamente: MOSS, Daniel. *Evaluating the use of mediation to settle land use disputes: a loof at the Provincial Facilitator's Office of Ontario* (thesis prepared as partial requirement for the MCP degree at Massachusetts Institute of Technology, 1997); SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah. *Evaluating the use of mediation to resolve wetlands appeal cases: analysis and recommendations*. CBI, Cambridge, MA: [s.n., s.d.]. SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah; THOMAS-LARMER, Jennifer. *The consensus building handbook*. A comprehensive guide to reaching agreement. Thousand Oaks, California: SAGE Publications, 1999; DUKES, Franklin E. *Resolving public conflict: transforming community and governance*. New York: St. Martin's Press, 2006.



Assim, o alcance do consenso em conflitos coletivos, não obstante a sua inerente complexidade, não se trata, portanto, de utopia acadêmica, mas de um resultado possível e desejável que pode ser aprimorado e potencializado com o aperfeiçoamento da técnica adequada.

A par do que foi exposto, não se descarta da possibilidade de que, a depender das espécies de conflitos coletivos considerados, a conciliação ou a negociação entre as partes ou seus representantes sejam procedimentos suficientes e adequados para a obtenção do consenso. Pense-se, por exemplo, em uma negociação entre os sindicatos patronais e dos trabalhadores (relação trabalhista), em uma conciliação entre determinados consumidores lesados e a empresa responsável pela lesão (relação consumerista) ou entre pais de alunos de uma escola e a respectiva direção do estabelecimento em relação ao preço das mensalidades escolares (relação de prestação de serviços educacionais privados). É perfeitamente possível – como de fato ocorre – que o consenso seja alcançado em tais casos sem que quaisquer agentes intervenientes, sejam mediadores ou facilitadores, estejam presentes durante os atos do processo.

Por outro lado, imaginem-se, por exemplo, os conflitos decorrentes da pretensão de instalação de determinada usina hidrelétrica em um afluente de rio com população ribeirinha<sup>406</sup>; de um município que não esteja prestando o ensino fundamental a todos os alunos que o pretendem cursar; do projeto de construção de uma penitenciária em área geográfica com grandes vulnerabilidades sociais; e da insuficiência de leitos de atendimento de urgência e emergência em um hospital público. A própria natureza de tais conflitos já nos evidencia, quase que intuitivamente, a dificuldade inerente à busca de uma solução ou de um consenso minimamente aceitável entre as pessoas e entes envolvidos. Para tais casos, não há dúvidas, a interveniência de um agente imparcial e comprometido com a busca dos interesses comuns entre as partes revela-se de crucial importância.

O papel do mediador é de tal modo diferenciado nos conflitos coletivos que, a partir das atribuições que lhe são conferidas, torna-se possível falar até mesmo em *ativismo* do mediador<sup>407</sup>, como forma de conferir a necessária distinção e ênfase às atividades por ele

---

<sup>406</sup> Sobre as particularidades e complexidades da resolução de conflitos que envolvem questões ambientais, vide: O'LEARY, Rosemary; NABATCHI, Tina; BINGHAM, Lisa. Assessing and improving conflict resolution in multiparty environmental negotiations. *International Journal of Organization Theory and Behavior*, 8 (2), p.181-209, January, 2005.

<sup>407</sup> Activist mediation: is that a contradiction in terms or a new opportunity? *Planning Journal*, Chicago, 2013, v. 79, p. 41; “Activist” Mediation, *American Planning Association Magazine*, 2013, p. 41. Sobre a necessidade de se repensar a neutralidade do mediador em determinadas espécies de conflitos, notadamente naqueles em que a mediação viabiliza a criação de espaços de participação e consubstancia instrumento de promoção do empoderamento e da emancipação, vide: SENA, Adriana Goulart; SILVA, Nathane Fernandes. A pluriparcialidade como novo elemento da mediação: repensando a atuação do mediador a partir das noções de neutralidade, imparcialidade e equidistância. Fortaleza: *Revista Opinião Jurídica*, n. 19, p. 13-32, jul./dez. 2016.

exercidas durante o procedimento. Esse denominado *ativismo* pode ser identificado precipuamente a partir das seguintes condutas: adoção das medidas necessárias para garantir a equalização da qualidade de representação das partes à mesa<sup>408</sup>; identificação dos interesses que porventura ainda não estejam representados; coleta de informações e análises técnicas suficientes à análise qualificada das questões controversas; definição das partes que devem se reunir em cada ato do procedimento; advertência às partes quanto a eventual comportamento que possa comprometer a integridade e a credibilidade do processo, dentre outras.

Em uma primeira análise, falar-se em ativismo do mediador pode parecer um contrassenso diante da imparcialidade que a rigor se espera de sua atuação. Contudo, as características acima elencadas bem ilustram que tal denominação se deve, em verdade, ao seu papel desempenhado visando a garantir a lisura, a idoneidade e o equilíbrio do processo.

Um dos aspectos mais destacados da mediação que envolve direitos coletivos diz respeito à importância da interação face a face dos titulares ou de seus representantes. Por tal motivo, sustenta-se que o processo decisório desenvolvido por meio do procedimento de mediação relacionado, por exemplo, a políticas públicas, favorece os mecanismos de democracia participativa<sup>409</sup>.

Contudo, é preciso atentar para o fato de que nem todos os conflitos coletivos são mediáveis. E isso se deve não apenas em virtude da impossibilidade de obtenção de consenso em relação a determinadas questões, mas sobretudo porque as técnicas autocompositivas não são aplicáveis ou suficientes em alguns casos<sup>410</sup>. Por exemplo, questões que envolvem questionamentos de ordem constitucional sobre o que se pode ou não fazer, definição de conteúdo de direitos fundamentais ou valores morais, determinação se pessoas físicas ou jurídicas podem ou não agir de determinada forma que dependeria de autorização legal expressa ou ainda quando há grande disparidade de poder de negociação entre as partes representadas, sem que haja reais possibilidades de equalizá-lo<sup>411</sup>. Com efeito, os processos

---

<sup>408</sup> A possibilidade de o mediador adotar medidas para equalizar a representação das partes não é consenso entre os doutrinadores, mas trata-se de questionamento frequentemente levantado em casos nos quais se afiguram partes em evidente desvantagem social, financeira ou técnica. PREIS, *Mediation: who will ...*, 1993, p. 26.

<sup>409</sup> INNES, Judith. *Consensus building: clarifications for the critics*. Planning theory. London, Thousand Oaks, CA and Nel Delhi: SAGE Publications, 2004.

<sup>410</sup> Conforme alerta Humberto Dalla, não se deve “imaginar que os métodos autocompositivos são a solução mágica para a crise do Estado-juiz ou mesmo que tenham capacidade para substituir integralmente a jurisdição”. In *A mediação e o código de processo civil projetado*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/4246510/A\\_MEDIACAO\\_E\\_O\\_CPC\\_PROJETADO\\_280612](https://www.academia.edu/4246510/A_MEDIACAO_E_O_CPC_PROJETADO_280612)>. Acesso em: 01 mar. 2016.

<sup>411</sup> Para uma abordagem sobre os casos em que a “força da lei” se faz mais adequada do que os meios autocompositivos, vide: NADER, Laura. *Disputing without the force of law*. *Yale Law Journal*, n. 88, p. 998-1021, 1979.

decisórios dos poderes legislativo e judiciário revelam-se mais adequados em tais casos. Assim, vislumbra-se principalmente a possibilidade de utilização da mediação em conflitos coletivos nas hipóteses em que se discute alocação e distribuição de recursos ou ainda *quando* e *como* se executar obrigações de fazer.

Vê-se, portanto, que as razões fáticas que fundamentam a utilização de métodos de resolução consensual dos conflitos coletivos estão evidenciadas no ordenamento jurídico brasileiro. Identifica-se ainda a necessidade, entretanto, além de promoção da qualificação profissional específica, de se buscar melhor adequação da técnica aplicada às espécies de conflitos coletivos para os quais se pretende o alcance do consenso, sob pena de comprometermos os resultados passíveis de serem alcançados no plano do direito material.

Assim, cumpre-se demonstrar quais processos autocompositivos podem ser empregados para buscar soluções consensuais nos conflitos coletivos, sobretudo naqueles que envolvem políticas públicas, sem perder de vista as particularidades inerentes a tais espécies de conflitos. É nesse contexto que se faz necessário o estudo comparado e a análise das experiências do direito norte-americano, o qual se apresenta, sob o ponto de vista do atual estágio de suas discussões práticas e teóricas, em patamar mais avançado<sup>412</sup>.

#### 4.2 Meios alternativos de resolução de conflitos coletivos no direito norte-americano

---

<sup>412</sup> Segundo afirma Luciane Moessa de Souza, autora brasileira que realizou extenso trabalho de campo nos Estados Unidos sobre meios adequados de resolução de conflitos, aquele país é “*o primeiro no qual se desenvolveram modernamente os meios alternativos de solução de controvérsias (aí compreendidas a mediação e a arbitragem)*” e que “*sempre foi, no mundo ocidental, um dos mais desenvolvidos no que toca a meios consensuais de resolução de conflitos (aí compreendidas, ao lado da mediação, a negociação e a conciliação), tendo sido também o primeiro e continuando a ser ainda de longe aquele onde mais se utilizam tais métodos na esfera pública*” (SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 25); no mesmo sentido, afirma Fernanda Tartuce que “*a negociação, a mediação e os meios alternativos de solução de disputas alcançaram notável avanço nos Estados Unidos no setor público, na seara privada e nas relações internacionais*” (TARTUCE, *Mediação nos conflitos...*, 2016, p. 187). Aliás, para além do avanço no estudo dos meios adequados de resolução de conflitos, mas também em relação ao próprio aprofundamento do estudo das políticas públicas, registra Vanice Regina Lírio do Valle que “*a precedência temporal na dedicação ao tema se reconhece aos Estados Unidos, a partir de um ambiente, ainda na década de 20, favorecido pelo crescimento das ciências sociais e de sua preocupação acerca de seu papel na busca da solução dos grandes problemas da sociedade*” (VALLE, *Políticas públicas...*, 2016, p. 31). Ainda segundo Valle, é de Gloria Regonini a notícia de que, já em 1927, constituiu-se um comitê de políticas públicas na *American Policial Science Association*, evidenciando o interesse na inclusão desse tema na pauta das cogitações (REGONINI, Gloria. *El estudio de las políticas públicas*. Documentación administrativa, nº 224-225, 1990-1991 *apud* VALLE, *Políticas públicas...*, 2016, p. 32).

#### 4.2.1 Origens dos *Alternative Disputes Resolution (ADRs)*<sup>413</sup>

Uma palestra proferida pelo professor Frank Sander, da Universidade de Harvard, no ano de 1976, intitulada “As causas da insatisfação popular com a administração da justiça”<sup>414</sup>, é comumente apontada, no ambiente acadêmico norte-americano, como o momento considerado o “*big bang*” da história dos meios alternativos de resolução de conflitos nos Estados Unidos<sup>415</sup>. À época, o estudo desses meios alternativos sequer era considerado uma área específica do conhecimento<sup>416</sup>. Na ocasião, Sander propôs que as formas alternativas de resolução de disputas fossem utilizadas para reduzir a dependência da sociedade em relação às formas tradicionais de litigância judicial, superando a relutância em se adotar outras opções de resolução de conflitos<sup>417</sup>. O conteúdo da palestra proferida por Sander foi reportada por uma revista local com uma ilustração do prédio de uma corte de justiça, com várias portas identificadas separadamente, ocasião em que se celebrou a expressão *justiça multiportas*<sup>418</sup>.

Em uma análise mais aprofundada e retrospectiva, Carrie Menkel-Meadow observa que, ao remeter o início do “movimento dos ADRs” às décadas de 70 e 80, pode-se estar cometendo a falta de não se prestar suficiente atenção aos fundadores “intelectuais” desse movimento, sobretudo àqueles que forneceram ideias e conceitos cruciais a partir dos quais foram construídas as modernas teorias, práticas e instituições relacionadas aos ADRs<sup>419</sup>. Nesse contexto, a autora argumenta que o campo de estudo dos meios adequados de resolução de conflitos é bastante eclético por sofrer influências não apenas do direito, mas também da antropologia, sociologia, filosofia, relações internacionais, psicologia, teoria dos jogos, economia e, mais recentemente, da teoria política<sup>420</sup>. Para tanto, confere especial destaque às contribuições da socióloga laboral Mary Parker Follet na década de 1920, do filósofo do

---

<sup>413</sup> Embora a nomenclatura tradicional, na doutrina norte-americana, consista em “meios *alternativos* de resolução de conflitos”, há autores, a exemplo de Carrie Menkel-Meadow, que propugnam pela denominação de “meios apropriados de resolução de conflitos”. (MENKEL-MEADOW, *When litigation is...*, 2002, p. 43).

<sup>414</sup> *Pound Conference*, realizada em Saint Paul, no estado de Minnesota, EUA, em abril de 1976.

<sup>415</sup> MOFFITT, Michael. Frank Sander and his legacy as an ADR pioneer. *Negotiation Journal*, President and fellows of Harvard College, p. 437-440, 2006, p. 437.

<sup>416</sup> MOFFITT, Frank Sander and his..., 2006, p. 440.

<sup>417</sup> Informações disponíveis em: <[http://globalpoundconference.org/about-the-series/1976-pound-conference#.Wbrpj\\_ldVPY](http://globalpoundconference.org/about-the-series/1976-pound-conference#.Wbrpj_ldVPY)>. Acesso em: 14 set. 2017.

<sup>418</sup> MOFFIT, Frank Sander and his..., 2006, p. 438.

<sup>419</sup> MENKEL-MEADOW, *Mothers and fathers...*, 2000, p. 2.

<sup>420</sup> MENKEL-MEADOW, *Mothers and fathers...*, 2000, p. 3.

direito Lon Fuller nas décadas de 1960 e 1970, da antropologista Laura Nader nas décadas de 1970 e 1980, dentre outros<sup>421</sup>.

Na prática, a popularização dos denominados *ADRs* – *Alternative Disputes Resolution*, ou meios alternativos de resolução de conflitos, nos Estados Unidos, iniciou-se na década de 60 a partir de um esforço de expansão das técnicas autocompositivas das relações de trabalho para as relações da comunidade. Entretanto, a década de 70 é apontada de fato como o marco decisivo na forma como os norte-americanos passaram a lidar com os conflitos de natureza privada e pública<sup>422</sup>. Passou-se a identificar e praticar, de maneira mais ou menos sistematizada, técnicas de resolução de conflitos que buscavam sobretudo evitar que as questões controversas fossem levadas ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, acarretassem significativos custos e tempo de espera para os envolvidos, além de não contribuírem para a melhoria da qualidade do relacionamento entre as partes.

Em relação aos conflitos de natureza privada, em especial os negociais e corporativos, a obra *Getting do Yes*, de Roger Fisher e William Ury, cuja primeira edição foi publicada no ano de 1981, representou verdadeira ruptura do paradigma adversarial até então tido como forma corriqueira de resolução de conflitos. Os autores propuseram uma abordagem então tida como inovadora que recomendava a separação das pessoas dos problemas a serem resolvidos; o enfoque nos interesses em vez de privilegiar as posições; a necessidade de cogitação de opções que proporcionassem ganhos recíprocos; e a eleição de um critério objetivo para decisão em vez de se apoiar na mera vontade dos envolvidos<sup>423</sup>.

No que se refere aos conflitos de natureza pública – assim considerados aqueles nos quais agentes ou entes públicos figuram como interessados ou aqueles cujas repercussões atingem coletividades de pessoas, determináveis ou não – os Estados Unidos são apontados como precursores no desenvolvimento de técnicas voltadas para a sua resolução<sup>424</sup>. Verificou-se que as primeiras iniciativas de tentativa sistematizada de resolução consensual de tais espécies de conflitos ocorreram na área ambiental, notadamente por meio da técnica de mediação<sup>425</sup>. Aponta-se que, em meados dos anos 70, a mediação foi aplicada em uma questão ambiental, provavelmente pela primeira vez, em um conflito decorrente da proposta de construção de uma barragem no Rio Snoqualmie, no estado de Washington, que suscitou

---

<sup>421</sup> MENKEL-MEADOW, Mothers and fathers..., 2000, p. 6-37.

<sup>422</sup> SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah. The evolution of public policy dispute resolution. *Journal of Architectural and Planning Research*. Chicago, Locke Science Publishing Company, Inc, 1999, p. 97.

<sup>423</sup> FISHER, Roger; URY, William. *Getting to yes*. London: Penguin Books, 1983.

<sup>424</sup> DUKES, *Resolving public conflict*..., 2006, p. 13.

<sup>425</sup> SUSSKIND; McKEARNAN, The evolution of..., 1999, p. 98.

diversas controvérsias sobre a sustentabilidade do ecossistema do rio<sup>426</sup>. À época, os mediadores Gerald Cornick e Jane McCarthy atuaram, sem terem o registro de experiências anteriores, como facilitadores do diálogo entre os diversos interesses em conflito. Após um ano de mediação, um acordo foi alcançado contemplando o plano de construção da barragem, iniciativas adicionais de controle de inundações, recomendações quanto aos controles de uso do solo e a criação de um conselho de coordenação da bacia hidrográfica<sup>427</sup>. A partir de então, a experiência de obtenção de consenso a partir da conciliação de diversos interesses ambientais em disputa foi repetida inúmeras vezes, permitindo a documentação histórica e o desenvolvimento de estudos específicos sobre as técnicas empregadas.

Nas décadas seguintes, a aplicação da mediação a questões que envolvem largo interesse público se institucionalizou nas agências e órgãos públicos americanos, promovendo a substituição da utilização preferencial do processo judicial<sup>428</sup>. Desde então, a forma mais comum de mediação no setor público norte-americano tornou-se a mediação ambiental, o que se refletiu na vasta produção de trabalhos acadêmicos sobre o tema<sup>429</sup>. De fato, a mediação ambiental é comumente tratada, naquele país, como sinônimo de mediação no setor público<sup>430</sup>.

A partir do êxito das experiências de obtenção de consenso na área ambiental, as estratégias de resolução extrajudicial de conflitos ampliaram-se para outros temas de relevante interesse público, tais como aqueles relacionados aos conflitos distributivos de recursos orçamentários entre as diversas agências governamentais, bem como entre os poderes públicos estaduais e locais. A técnica empregada nessa seara, centrada nos conflitos decorrentes das alocações das transferências financeiras intergovernamentais, notadamente iniciada e desenvolvida pela Kettering Foundation<sup>431</sup> na década de 80, recebeu, à época, a denominação de “estratégia negociada de investimentos”. O produto final da estratégia consistia na elaboração de um plano de ação intergovernamental que promovesse a adoção de

---

<sup>426</sup> ZEINEMANN, Robert. The characterization of public sector mediation. *Environmental Law and Policy Journal*, v. 24, n. 2, p.49-63, 2001.

<sup>427</sup> SUSSKIND; McKEARNAN, The evolution of..., 1999, p. 98.

<sup>428</sup> ZEINEMANN, The characterization of public..., 2001, p. 49.

<sup>429</sup> Dentre as características que distinguem a mediação ambiental dos procedimentos que envolvem mediação entre particulares podem ser citadas: as disputas centram-se nas relações entre o homem e o meio ambiente, apresentam níveis elevados de complexidade e incerteza, afetam bens de uso comum, envolvem múltiplas partes e interesses contrapostos (cidadãos, empresários e industriais, agências governamentais, agentes políticos, associações não governamentais), implicam possibilidades de efeitos intergeracionais etc.

<sup>430</sup> ZEINEMANN, The characterization of public..., 2001, p. 50.

<sup>431</sup> A Fundação Kettering é uma instituição da sociedade civil sem fins lucrativos voltada para a realização de pesquisas dedicadas ao aprimoramento do regime democrático, com o fim precípuo de identificar as ações que as pessoas podem adotar coletivamente para resolver problemas que afetam suas vidas, suas comunidades e sua nação. Disponível em: <<https://www.kettering.org/>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

práticas coerentes e coordenadas entre os órgãos e entes públicos envolvidos, com vistas a alcançar a máxima otimização da aplicação dos recursos financeiros disponíveis, inclusive em cooperação com interesses privados, se fosse o caso<sup>432</sup>.

Novas abordagens de resolução de conflitos de forma consensual também foram desenvolvidas, a partir do final da década de 70, de forma institucionalizada, para lidar com conflitos comunitários. A novidade não consistia propriamente na prática de facilitar o diálogo entre dois ou mais membros da mesma localidade<sup>433</sup>, mas na institucionalização de centros comunitários nos quais mediadores voluntários treinados buscavam auxiliar na resolução de conflitos vivenciados pelos moradores locais<sup>434</sup>. Em 1978, o Departamento de Justiça fundou os denominados Centros de Justiça Comunitária para atender a essa finalidade<sup>435</sup>. Poucos anos depois, em 1983, foi fundado o Instituto Nacional de Resolução de Conflitos, com a finalidade de incentivar e financiar o desenvolvimento de pesquisas que se propusessem a analisar o progresso dos diversos meios de resolução de conflitos e estender as suas metodologias para novas áreas. Além disso, o instituto contribuiu para a criação de centros públicos de mediação em diversos estados norte-americanos<sup>436</sup>.

Conforme ressalta Franklin Dukes, as práticas de resolução de conflitos de natureza pública baseiam-se e inspiram-se em fontes variadas e, por tal razão, revela-se por demais simplista o esforço de traçar o seu desenvolvimento de forma linear<sup>437</sup>. De fato, os meios de resolução de tais conflitos inserem-se no largo campo dos denominados meios alternativos de resolução de conflitos (ADRs), os quais incidem sobre conflitos interpessoais,

---

<sup>432</sup> SUSSKIND; McKEARNAN, *The evolution of...*, 1999, p. 100.

<sup>433</sup> De fato, a prática de mediar conflitos em comunidades já era identificada em nossos ancestrais mais remotos, conforme esclarece Carlos Eduardo de Vasconcelos: “Mais de noventa e nove por cento da história da humanidade foi vivenciada por nossos ancestrais nômades. Eles viviam da caça, da pesca e da coleta de mantimentos. O espaço era teoricamente ilimitado, os recursos eram maleáveis. Inexistiam castas, classes sociais, estados ou hierarquias formais. Os conflitos eram mediados pela comunidade, coordenada em torno das lideranças comunitárias. A ordem tinha um caráter sacro, sendo as penas, sacrifícios realizados em rituais, não se apresentando como imposição de uma autoridade social, mas como forma de proteger a comunidade do perigo que a ameaçasse. Vigorava um tipo de direito pré-convencional, revelado, indiferenciado da religião e da moral. As relações humanas eram pouco complexas e fortemente horizontalizadas”. VASCONCELOS, *Mediação de conflitos...*, 2017, p. 26.

<sup>434</sup> Embora esses centros comunitários locais tenham sido inicialmente concebidos como mecanismos para diminuir os casos de conflitos interpessoais que eram lavados à Justiça, pouco a pouco alguns desses centros passaram a auxiliar na resolução de conflitos que apresentavam maior visibilidade e envolviam questões relativas a políticas públicas. Cita-se, por exemplo, o caso em que o Centro de Justiça de Atlanta foi indicado pela Corte para mediar uma longa disputa relacionada à implantação de uma rodovia de quatro faixas na região metropolitana da cidade, que envolvia a participação do Estado da Geórgia, da cidade de Atlanta e de cerca de vinte e quatro associações de bairro. (PRIMM, Edith. *The neighborhood justice center movement*. Kentucky college of law, *Kentucky Law Journal*, 1993).

<sup>435</sup> SUSSKIND; McKEARNAN, *The evolution of...*, 1999, p. 101.

<sup>436</sup> SUSSKIND; McKEARNAN, *The evolution of...*, 1999, p. 102.

<sup>437</sup> DUKES, *Resolving public conflict...*, 2006, p. 28.

familiares, comunitários, societários e inclusive internacionais. Não se pode deixar de notar, ainda, que as técnicas consensuais não se aplicam de forma estanque a determinados tipos de conflitos, mas influenciam-se e complementam-se mutuamente. Entretanto, tal reciprocidade prática não impede que se identifiquem as origens e o desenvolvimento de caminhos teóricos distintos.

Assim, verifica-se que, enquanto nos conflitos decorrentes das relações de trabalho, contratuais e familiares, por exemplo, comumente há dois lados distintos, com posições e interesses bastante claros e informações facilmente acessíveis, nos conflitos que envolvem questões ambientais ou que implicam discussão sobre políticas públicas nem sempre é possível identificar de plano todas as partes interessadas e os pontos de vista que incidem sobre a controvérsia, além da circunstância de que a completa análise dos fatos dificilmente prescinde de estudos técnicos ou de informações que se encontram em poder de diversos agentes, órgãos e entes públicos.

De fato, os conflitos que envolvem questões ambientais ou incidem sobre políticas públicas – os quais doravante passarão a ser denominados simplesmente de *conflitos de interesse público* para fins de garantir maior concisão ao desenvolvimento do trabalho – apresentam dinâmica própria, com complexa rede de interesses e pluralidade de partes envolvidas, as quais podem consistir em indivíduos, grupos de indivíduos, organizações personificadas da sociedade civil, empresas privadas, órgãos e entes públicos, além de, eventualmente, organismos internacionais, e cada qual com suas regras próprias de representação para fins decisórios. Ademais, as partes envolvidas comumente apresentam extrema diversidade entre si no que concerne aos recursos financeiros de que dispõem, poder de influência política ou econômica, expertise na matéria discutida, tamanho do grupo representado, qualificação jurídica, facilidade de acesso a informações, dentre outros fatores.

Cumpra-se, entretanto, antes de detalhar os processos aplicáveis à resolução consensual de conflitos de interesse público, compreender as razões históricas que ensejaram o desenvolvimento da prática e da subsequente teoria relacionadas a esse ramo específico.

#### ***4.2.2 O desenvolvimento dos meios de resolução de conflitos coletivos de interesse público***

O expressivo desenvolvimento alcançado pelos meios alternativos de resolução de conflitos de interesse público nos Estados Unidos, no último quarto do século XX, é considerado resultado da confluência de alguns fatores sociais, culturais e políticos, dentre os quais podem ser citados: o crescimento do aparato administrativo estatal, o contínuo e



qualificado envolvimento de cidadãos e de organizações da sociedade civil em assuntos de interesse público, a progressiva realização de direitos civis, o aprimoramento da legislação ambiental, a atuação ativista do Poder Judiciário em políticas públicas, o surgimento de problemas de interesse público de larga complexidade e com pluralidade de envolvidos, e, ainda, o reconhecimento de que as respostas institucionais até então disponíveis para solucionar conflitos originados a partir dessas novas configurações não se mostravam suficientes para descortinar saídas satisfatórias<sup>438</sup>.

É curioso notar que, nos Estados Unidos, a atividade de resolução de conflitos, seja de interesse privado ou de interesse público, não constitui prática de nenhum profissional com formação específica. Em verdade, diferentes profissionais, com formações variadas, dedicam-se ao estudo e à prática de técnicas consensuais de resolução de conflitos, em suas diversas áreas de aplicação. Assim, tanto professores, advogados, psicólogos, juízes aposentados, antropólogos, sociólogos, líderes comunitários, servidores públicos, dentre outros, uma vez que tenham desenvolvido a habilidade de lidar com conflitos, podem atuar de maneira profissional na área escolhida ou até em várias áreas concomitantemente<sup>439</sup>.

William Ury, co-fundador do Programa de Negociação de Harvard e conhecido internacionalmente por sua coautoria do livro *Getting do Yes*, possui formação em antropologia social<sup>440</sup>. Lawrence Susskind, autor de diversas obras e artigos na área de resolução de conflitos de interesse público e professor do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), possui graduação em literatura inglesa e sociologia e mestrado e doutorado em planejamento urbano<sup>441</sup>. Judith Innes, estudiosa dos processos de construção de consensos em políticas públicas e professora de urbanismo e planejamento da Universidade da Califórnia, em Berkeley, também possui graduação em literatura inglesa e doutorado em

---

<sup>438</sup> DUKES, *Resolving public conflict...*, 2006, p. 13.

<sup>439</sup> No que tange à importância do diálogo multidisciplinar para lidar com conflitos coletivos, Gregório Assagra de Almeida observa que uma das principais características do Direito Coletivo é justamente a sua extrema complexidade. Segundo o autor, o operador do direito tem dificuldade para compreender e interpretar adequadamente o Direito Coletivo somente com fundamento nas diretrizes estabelecidas pela ordem jurídica, uma vez que esses direitos, em geral, exigem um grau de conhecimento que se apoie em outras áreas do conhecimento, tais como engenharia, biologia, agronomia, sociologia, economia, ciência política, geologia etc. Por tais razões, Almeida sustenta que a interpretação fundada no diálogo interdisciplinar é o melhor caminho para a boa e adequada compreensão do Direito Coletivo em uma sociedade complexa, caminho esse que se revela imprescindível para a oxigenação e o revigoramento do próprio Direito como instrumento de transformação da realidade social. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 469).

<sup>440</sup> Disponível em: <<http://www.pon.harvard.edu/faculty/william-ury/>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

<sup>441</sup> Disponível em: <<https://lawrencesusskind.mit.edu/biography>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

planejamento urbano<sup>442</sup>. Franklin Dukes, Presidente do Instituto de Negociações Ambientais e autor de livros e artigos sobre resolução de conflitos de interesse público, possui bacharelado em música, mestrado em administração de conflitos e doutorado em análise e resolução de conflitos<sup>443</sup>.

Em verdade, muitos autores e profissionais chegam a mencionar que começaram a se utilizar de procedimentos de resolução consensual de problemas antes mesmo que sequer tivessem ouvido ou obtido conhecimentos teóricos ou formais específicos sobre mediação, construção de consenso e demais formas de resolução de conflitos em geral<sup>444</sup>. Outros, por seu turno, estiveram originalmente envolvidos em facilitações de negociações de natureza laboral ou trabalhando com comunidades e organizações de bairro para promover o envolvimento dos cidadãos em processos de decisões governamentais suscetíveis de afetar a população local. À medida que tais indivíduos e profissionais passaram a aplicar, de forma exitosa, suas habilidades em conflitos mais complexos e com múltiplas partes, evidenciou-se a larga utilidade das técnicas empregadas e a sua adaptabilidade às diferentes espécies de conflitos<sup>445</sup>. Observa-se, assim, que o conhecimento acumulado a partir da prática reiterada e a efetividade dos resultados alcançados foram os fatores que em especial fomentaram o ulterior desenvolvimento teórico e a sistematização dos procedimentos adotados.

O reconhecimento da qualificação dos profissionais a partir fundamentalmente da sua prática exitosa é a verdadeira “certificação” daqueles que atuam na área de resolução de conflitos. Da mesma forma que não há a exigência de que possuam formação específica em determinado ramo do conhecimento, também não há requisitos formais de qualificação, tais como inscrição em órgãos de categorias profissionais ou certificados expedidos por organizações credenciadas. Os comentários oficiais ao *Uniform Mediation Act* (lei federal que trata sobre mediação nos Estados Unidos) consignam expressamente, em suas seções 2(3) e 9(c), que o exercício da função de mediador não requer uma qualificação especial ou conhecimento específico<sup>446</sup>. Na maioria dos estados norte-americanos, as respectivas leis também não exigem formação específica, exceto quando os próprios tribunais estabelecem os

---

<sup>442</sup> Disponível em: <<http://ced.berkeley.edu/ced/faculty-staff/judith-innes>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

<sup>443</sup> Disponível em: <<http://scar.gmu.edu/people/franklin-dukes>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

<sup>444</sup> DUKES, *Resolving public conflict*..., 2006, p. 76.

<sup>445</sup> SUSSKIND; McKEARNAN, *The evolution of...*, 1999, p. 108.

<sup>446</sup> Disponível em: <[http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma\\_final\\_03.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf)>. Acesso em: 29 jan. 2017.

requisitos a serem cumpridos em relação aos casos por eles encaminhados<sup>447</sup>. Algumas leis estaduais, por seu turno, exigem que o mediador possua alguma graduação específica, que conclua determinado número de horas de treinamento ou que tenha algum certificado de programa reconhecido<sup>448</sup>.

O *Uniform Mediation Act* define mediação como o processo no qual um mediador facilita a comunicação e a negociação entre as partes a fim de auxiliá-las no alcance de um acordo voluntário para a sua disputa<sup>449</sup>. Verifica-se que a descrição é bastante ampla e revela-se apta a abranger tanto procedimentos que envolvem interesses particulares quanto questões de interesse público e coletivo. Assim, fica a cargo da doutrina a diferenciação e a especificação das características que mais se acentuam nas diversas modalidades, cuidando para que as respectivas peculiaridades do direito material em questão sejam adequadamente sopesadas no procedimento de mediação a ser aplicado.

Ao tratar dos elementos que constituem características mínimas para o processo de mediação de conflitos de interesse público, Franklin Dukes enumera as seguintes<sup>450</sup>:

- ✓ há dois ou mais grupos envolvidos, dentre os quais se incluem órgãos e entidades governamentais, organizações civis e comunitárias, empresas privadas e grupos de pessoas sem personalidade jurídica;
- ✓ as partes envolvidas realizam atos de negociação entre si com o intuito de esclarecer, compreender e eventualmente chegarem a um acordo sobre determinadas questões;
- ✓ os atos de negociação implicam um componente significativo de discussões diretas e face a face entre as partes;
- ✓ o processo é inclusivo em relação às partes afetadas, o que significa que os interesses daqueles que ainda não estiverem representados na negociação deverão sê-lo;
- ✓ o foco da interação entre as partes é colaborativo ou não adversarial, o que não significa que a interação não possa ser conflituosa em determinados momentos;

---

<sup>447</sup> Para informações mais detalhadas sobre as exigências de cada estado norte-americano, vide <<http://www.mediationworks.com/medcert3/staterequirements.htm>>. Acesso em: 1º mar. 2016.

<sup>448</sup> PREIS, Mediation: who will ..., 1993, p. 26.

<sup>449</sup> “Section 2(1) “Mediation” means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute”.

<sup>450</sup> DUKES, *Resolving public conflict...*, 2006, p. 47.

- ✓ o processo de tomada de decisão é baseado em consenso decorrente de percepções comuns entre as partes envolvidas, e não em votação majoritária;
- ✓ um terceiro imparcial, que pode consistir em um indivíduo ou em uma organização, atua para guiar o processo de tomada de decisão consensual.

De maneira geral, podem ser identificadas três principais fases no procedimento de mediação de interesse público: pré-negocial, negociações propriamente ditas ou de construção de consenso e fase pós-negocial. Na fase pré-negocial, a natureza do conflito é identificada, os representantes de cada um dos grupos envolvidos são identificados e persuadidos a participar das negociações e o terceiro imparcial é escolhido para administrar o processo. Em seguida, as regras aplicáveis e o calendário de ações são definidos, os recursos e as informações disponíveis são identificados, e, eventualmente, algum treinamento em negociação é oferecido. Durante as negociações propriamente ditas e a construção do consenso, as partes trabalham em conjunto no sentido de produzir um texto que consubstancie o conteúdo do acordo, elaboram a minuta do acordo final e a submetem aos seus respectivos grupos de indivíduos, órgãos ou conselhos deliberativos das pessoas jurídicas que representam. A fase pós-negocial engloba a formalização do acordo de modo a torná-lo obrigatório e suscetível de implementação e monitoração, podendo inclusive prever a possibilidade de negociações futuras em relação a alguns aspectos do acordo<sup>451</sup>.

Embora seja possível identificar, conforme acima demonstrado, algumas fases comuns aos procedimentos de mediação em conflitos de interesse público, impõe-se destacar que a combinação de elementos encontrados nessas espécies de conflitos – tais como a complexidade do direito material discutido, a pluralidade de partes e a alta visibilidade das questões envolvidas, inclusive com repercussões políticas – comumente perfaz situações e roteiros de atuação cuja dinamicidade torna difícil o estabelecimento prévio, seja pela legislação ou pela doutrina, de fórmulas engessadas de procedimento. Aliás, se a própria mediação empregada em conflitos individuais já é marcada pela flexibilidade do procedimento<sup>452</sup>, com maior razão tal característica se aplica à mediação de conflitos de interesse público.

---

<sup>451</sup> DUKES, *Resolving public conflict...*, 2006, p. 48.

<sup>452</sup> Conforme consta dos comentários oficiais à seção 2(1) do *Uniform Mediation Act*, os autores da norma reconhecem que as abordagens utilizadas na mediação podem variar significativamente: “1. *Section 2(1). “Mediation”. The emphasis on negotiation in this definition is intended to exclude adjudicative processes, such as arbitration and fact-finding, as well as counseling. It was not intended to distinguish among styles or approaches to mediation. An earlier draft used the word “conducted,” but the Drafting Committees*

Em verdade, a utilização do próprio termo “mediador” não é unívoca nos procedimentos consensuais de resolução de conflitos de interesse público. Alguns autores adotam indistintamente as expressões “mediador” ou “facilitador” para identificar o terceiro imparcial que atua como agente condutor do procedimento de resolução do conflito<sup>453</sup>. Da mesma forma, a expressão “administrador de conflitos” (*conflict manager*) é por vezes utilizada para identificar o profissional que exerce o mesmo papel<sup>454</sup>. Argumenta-se, ainda, que nem sempre há necessidade da intervenção de um profissional neutro quando, entre as partes do conflito, forem identificados membros que possuam as necessárias habilidades e consigam atuar de forma imparcial no papel de facilitador<sup>455</sup>.

A utilização do termo “mediação” também não encontra uniformidade para se referir aos procedimentos consensuais de resolução de conflitos coletivos que pressupõem a atuação de um terceiro imparcial. Expressões como construção de consenso (*consensus building*)<sup>456</sup>, administração de conflitos (*conflict management*), design de processos (*process design*)<sup>457</sup>, design de sistemas (*system design*)<sup>458</sup>, negociação regulatória (*regulatory negotiation*)<sup>459</sup> e práticas colaborativas de planejamento (*collaborative planning practices*)<sup>460</sup> também constituem nomenclaturas adotadas para se referirem a procedimentos que se valem da interveniência de um terceiro facilitador.

Em um campo prático e teórico que tem evoluído e se transformado de forma significativa nos últimos anos, um dos maiores desafios que se apresenta, segundo Susskind e McKearnan, é identificar e garantir maneiras de que os trabalhos atinjam alto padrão de qualidade<sup>461</sup>. Qualquer agente público, ente estatal, empresa privada, organização sem fins lucrativos ou cidadão que deseje escolher um profissional qualificado para exercer o papel de

*preferred the word “assistance” to emphasize that, in contrast to an arbitration, a mediator has no authority to issue a decision. The use of the word “facilitation” is not intended to express a preference with regard to approaches of mediation. The Drafters recognize approaches to mediation will vary widely”.*

<sup>453</sup> BURGESS, Heide; SPANGLER, Brad. *Consensus Building. Beyond Intractability*. set. 2003. Disponível em: <<http://www.beyondintractability.org/essay/consensus-building>>.

<sup>454</sup> CARPENTER, Susan; KENNEDY, W.J.D. *Managing public disputes: a practical guide for government, business, and citizens' groups*. San Francisco: Jossey-Bass, 2001, p. 26.

<sup>455</sup> INNES, *Consensus building: ...*, 2004, p. 8.

<sup>456</sup> SUSSKIND; CRUIKSHANK, *Breaking the impasse: ...*, 1987, p. 11.

<sup>457</sup> DUKES, *Resolving public conflict: ...*, 2006, p. 59.

<sup>458</sup> DUKES, *Resolving public conflict: ...*, 2006, p. 57.

<sup>459</sup> DUKES, *Resolving public conflict: ...*, 2006, p. 51.

<sup>460</sup> INNES, *Consensus building: ...*, 2004, p. 6.

<sup>461</sup> SUSSKIND; McKEARNAN, *The evolution of ...*, 1999, p. 106.

terceiro imparcial em um procedimento complexo de resolução de conflitos encontrará no mercado norte-americano uma variedade de candidatos.

A fim de disponibilizar parâmetros mínimos de avaliação e escolha, discutem-se formas por meio das quais os consumidores ou destinatários dos serviços poderiam avaliar as habilidades e as experiências dos profissionais que se dedicam à atividade. Alguns estados americanos, tais como o Havaí e a Flórida, desenvolveram parâmetros para analisar essas qualidades e optaram por reunir uma lista de profissionais experientes para facilitar o processo de escolha dos agentes públicos locais na busca por candidatos especializados em resolução de conflitos de interesse público. O Centro de Resolução de Conflitos do Havaí<sup>462</sup>, por exemplo, disponibiliza um rol de mediadores criteriosamente selecionados por meio de etapas que incluem a descrição detalhada de casos nos quais atuaram, em especial naqueles que tenham envolvido políticas públicas de largo espectro e complexidade, e entrevistas realizadas por um comitê especificamente designado para a seleção<sup>463</sup>.

Segundo Susskind, os conflitos que envolvem múltiplas partes, com diferentes variáveis a serem consideradas – relacionadas, por exemplo, à localização e à forma de prestação de serviços públicos, ao estabelecimento de prioridades públicas de gastos e à especificação de padrões de serviços públicos – podem ser eficazmente mediados. Contudo, adverte para o fato de que os requisitos para um processo de mediação bem sucedido que incida sobre políticas públicas são diversos daqueles aplicáveis a relações privadas bilaterais<sup>464</sup>.

Enquanto que num conflito privado, bilateral, as partes podem avaliar com certa previsibilidade as possibilidades de desfecho caso a questão seja levada à apreciação judicial, nas hipóteses de conflitos que envolvem políticas públicas essa previsibilidade não é tão comum<sup>465</sup>. Conquanto se possa ter em perspectiva eventual decisão que possa ser proferida, mormente em caso de procedência total do pedido que envolva a conformação de determinada política pública, as condições de execução da decisão são comumente contingentes, imprevisíveis e dependentes de múltiplos fatores, tais como os gestores públicos que darão

---

<sup>462</sup> O Centro de Resolução de Conflitos do Havaí foi fundado no ano de 1985 por um magistrado da Suprema Corte do estado mediante apoio e assistência do Instituto Nacional de Resolução de Conflitos, sediado em Washington, tornando-se um serviço permanente dentro do Poder Judiciário estadual no ano de 1989. Disponível em: <[http://www.courts.state.hi.us/services/alternative\\_dispute/about\\_the\\_center](http://www.courts.state.hi.us/services/alternative_dispute/about_the_center)>. Acesso em: 05 fev. 2017.

<sup>463</sup> SUSSKIND; McKEARNAN, *The evolution of...*, 1999, p. 107.

<sup>464</sup> SUSSKIND, *Multi-party public...*, 1997, p. 4.

<sup>465</sup> Conforme observa Vanice Regina Lírio do Valle, “uma política pública está sempre sujeita – dado às interconexões que guardam entre si os programas de ação estatal – a gerar resultados inesperados, em seu próprio terreno originário de incidência (ou mesmo em outros), que influem em seu desenvolvimento e, especialmente, no resultado de sua avaliação”. (VALLE, *Políticas públicas...*, 2016, p. 35).

cumprimento, as disponibilidades de recursos, a necessidade ou não de se realizar procedimento licitatório, a identificação de novos grupos atingidos pela decisão e que não fizeram parte do processo de conhecimento, a dependência de atos de outros entes públicos que não são partes (tais como os casos de licenciamento ou autorização concedidos por outros entes ou órgãos, repasses de recursos financeiros por parte de outro ente da federação etc), falta de servidores públicos que possam dar cumprimento à decisão, dentre inúmeros outros fatores.

Conforme alerta Susskind, em disputas que envolvem políticas públicas, o rol de questões que de fato influenciam no seu resultado não se limita ao estrito objeto levado à cognição judicial, pois comumente existem implicações técnicas, científicas e políticas que podem ser desconhecidas pelas partes ou até mesmo omitidas<sup>466</sup>. Por essa razão, é necessário que o profissional incumbido de atuar como mediador ou facilitador, em seara extrajudicial, de eventual tentativa de solução consensual do conflito tenha conhecimento aprofundado sobre a questão controversa e seja extremamente sensível e atento ao grande contexto em que a disputa está inserida<sup>467</sup>. Por algum tempo, Susskind observa que se travou uma discussão doutrinária sobre eventual necessidade de que tal profissional tivesse formação em administração pública, planejamento ou em área correlata. Contudo, a partir da análise de casos que obtiveram resultados considerados satisfatórios, chegou-se ao reconhecimento de que controvérsias que envolvem políticas públicas complexas de fato demandam a presença de um mediador – ou de um time de mediadores<sup>468</sup> – com, pelo menos, substancial experiência no setor público<sup>469</sup>.

As características acima expostas, dentre outras que serão detalhadas adiante, evidenciam que o tratamento e a resolução de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas requerem meios adequados às peculiaridades das questões controversas, do número e da natureza das partes envolvidas e do tempo necessário à aprofundada compreensão de todas as variáveis da controvérsia. Por tais razões, explicitar-se-ão, no próximo item, as etapas do processo de construção de consenso adequado para essas espécies de conflitos.

---

<sup>466</sup> SUSSKIND, Multi-party public..., 1997, p. 5.

<sup>467</sup> SUSSKIND, Multi-party public..., 1997, p. 5.

<sup>468</sup> Em casos mais complexos, tais como os que envolvem a implantação de uma usina hidrelétrica, pode ser necessário um “time de mediadores”, haja vista a quantidade de informações a serem coletadas e as interações a serem realizadas com todas as partes envolvidas.

<sup>469</sup> SUSSKIND, Multi-party public..., 1997, p. 5.

### **4.3 A construção de consensos em conflitos coletivos que envolvem políticas públicas: contribuições da doutrina norte-americana**

#### ***4.3.1 A importância da análise do conflito***

O desenvolvimento da capacidade de compreender as causas, reais ou potenciais, dos conflitos e antecipar as possíveis abordagens, procedimentos e estratégias para resolvê-los constituem medidas preliminares essenciais para o esforço de busca de consenso. Além disso, também se revela importante a identificação de fatores que possam promover futura colaboração entre as partes, em virtude de interesses convergentes comuns<sup>470</sup>.

Na concepção de Christopher Moore, a análise do conflito constitui, em síntese, um procedimento estruturado adotado para identificar fatos passados, presentes e futuros que estão influenciando ou podem influenciar o desenvolvimento e a potencial resolução de uma disputa ou conflito. Segundo o autor, tal procedimento envolve geralmente três fases:

- 1) coleta de informação relevante para determinar e compreender as causas atuais e potenciais de um conflito e para encontrar oportunidades de colaboração e entendimento entre as partes;
- 2) análise da informação com o objetivo de auxiliar as partes a melhor compreender a disputa;
- 3) alcance de conclusões resultantes da coleta de informação, as quais orientarão as estratégias das partes e do terceiro imparcial, bem como os próximos passos sobre a forma de tratar o conflito, inclusive mediante a identificação da possibilidade de sucesso de formas de resolução consensual<sup>471</sup>.

Embora, à primeira vista, possa parecer que a análise do conflito constitui medida a ser adotada no início das reflexões sobre as formas de resolvê-lo, trata-se, em verdade, de providência que deve ser adotada tanto no começo quanto durante todo o procedimento de resolução de conflito, em especial quando surgem novas informações ou quando novas possibilidades de desfecho são vislumbradas pelas partes ou pelo terceiro imparcial. Assim, dito de outro modo, a análise do conflito se traduz em constantes reflexões sobre as próprias

---

<sup>470</sup> MOORE, *The mediation process*, 2014, p. 106.

<sup>471</sup> MOORE, *The mediation process*, 2014, p. 107.



circunstâncias da disputa até que se vislumbre uma forma efetiva de resolvê-la. Ao contrário do que exige a estratégia de adoção de medida judicial, na qual as questões controversas permanecem relativamente intactas na petição inicial e na contestação, o processo extrajudicial permite novas incursões de fatos, descoberta de novas causas e, conseqüentemente, novas possibilidades de soluções.

Obviamente, o processo aqui apresentado não se destina a todas as espécies de conflitos. A tomada de decisões pela via da construção consensual, ora tratada, revela-se apropriada quando a solução para o problema gerador do conflito não está clara de plano para todas as partes envolvidas ou quando essas têm discordâncias em relação à melhor forma de resolvê-lo<sup>472</sup>. Por outro lado, em casos nos quais os conflitos são causados por violação flagrante da lei da qual decorram sanções previstas pelo ordenamento jurídico, tais como ilícitos penais e administrativos, não se revela cabível a tentativa de construção de consenso para além das hipóteses estrita e legalmente admitidas. Além disso, o processo também não se revela adequado para resolver questões controversas fundadas principalmente em valores e convicções pessoais das partes envolvidas, tais como as que envolvem o aborto, eutanásia etc.

A primeira etapa do processo de construção de consenso em conflitos coletivos que envolvem políticas públicas consiste, assim, na análise do conflito, a qual implica, em síntese, a compreensão dos seus motivos e dos fatores que impedem o alcance do consenso, a identificação das partes e de seus interesses, a quantificação dos recursos disponíveis, a constatação da necessidade de eventual auxílio técnico específico, a compilação da legislação que incide sobre a questão controversa e, por fim, a cogitação sobre os possíveis desfechos do conflito.

Judith Innes afirma que, segundo a maioria dos autores que se dedica ao estudo da teoria e dos casos práticos relativos à construção de consenso (*consensus building*), há que se identificar a presença de um número mínimo de condições para que o procedimento seja assim caracterizado, as quais consistem basicamente nas seguintes<sup>473</sup>:

- 1) Inclusão de todos os interessados e de seus respectivos representantes;
- 2) Objetivo significativo a ser buscado pelos participantes e com potencial para ter um resultado duradouro;

---

<sup>472</sup> CARPENTER, Susan. Choosing appropriate consensus building techniques and strategies. In SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah; THOMAS-LARMER, Jennifer. *The consensus building handbook. A comprehensive guide to reaching agreement*. Thousand Oaks, California: SAGE Publications, 1999, p. 66.

<sup>473</sup> INNES, *Consensus building: ...*, 2004, p. 7.

- 3) Participantes definem as próprias regras do procedimento, calendário e a forma de tomar decisões;
- 4) Processo baseado em entendimento mútuo de interesses e que evita barganhas baseadas em posições;
- 5) Presença de diálogo onde todos são escutados e respeitados e igualmente aptos a participar;
- 6) Possibilidade de que o *status quo* e todas as hipóteses sejam questionados;
- 7) Informação compartilhada e acessível entre os participantes;
- 8) Compreensão de que o consenso somente será atingido quando todos os interesses tiverem sido explorados e todos os esforços tiverem sido feitos para atender às preocupações de cada interessado;
- 9) Participação de um agente imparcial, responsável pela análise inicial do conflito, pela orientação das partes na definição da estratégia procedimental a ser seguida e pela aplicação de técnicas que favoreçam o consenso.

Um dos principais desafios do agente imparcial, ao realizar a análise do conflito, é identificar os interesses que farão com que as partes “venham para a mesa” e se disponham a negociar. De maneira geral, os envolvidos somente se dispõem a participar dessas negociações quando percebem que seus interesses não estão sendo satisfatoriamente alcançados mediante condutas isoladas<sup>474</sup> e que também não o serão caso optem de plano pela via judicial. Até mesmo os envolvidos com maior poder econômico, no caso de grandes empresas, ou com maior poder político, no caso de entidades e órgãos estatais, podem apresentar relevante interesse em participar de procedimentos que proporcionem maior esclarecimento sobre suas ações e legitimidade em relação a suas escolhas, uma vez que assim, além de obterem maior respaldo social, podem evitar eventuais questionamentos pela via judicial ou administrativa suscetíveis de causar-lhes atrasos, inseguranças ou frustração de projetos.

Ao identificar os interessados que devem participar do processo, incumbe também ao terceiro imparcial esclarecer e explicitar que todos eles possuem interesses que são, em alguma medida, recíprocos em relação a alguns dos outros interessados, evidenciando que todos os participantes têm algo a oferecer uns aos outros ou têm uma razão relevante para estarem representados na discussão. A identificação dessa reciprocidade de interesses

---

<sup>474</sup> INNES, *Consensus building: ...*, 2004, p. 9.

contribui significativamente para a manutenção do diálogo e do comprometimento nas negociações<sup>475</sup>. De fato, se os agentes principais do conflito não forem ativos participantes ou não estiverem devidamente representados no processo, possivelmente uma parcela substancial da questão controversa ficará sem solução, bem como faltarão informações para o desenvolvimento de uma estratégia de desfecho factível e satisfatória.

Dukes observa que a ênfase na análise dos interesses das partes, para além das perspectivas de poderes e direitos, tem sido a base para o desenvolvimento dos meios de soluções de conflito desde as ideias inicialmente desenvolvidas por Mary Parker Follet e popularizadas por William Ury e Roger Fisher em *Getting to Yes*<sup>476</sup>. Esse alicerce está sedimentado a partir da compreensão de que partes em conflito umas com as outras podem e devem encontrar maneiras nas quais seus próprios interesses possam ser satisfeitos sem que se tenha que negar aos interesses das outras<sup>477</sup>. Entretanto, para Dukes, uma prática efetivamente transformativa de resolução de conflitos requer mais do que uma análise baseada em interesses, já que os conflitos não se reduzem a choques de interesses isolados. Com efeito, eles envolvem lutas por reconhecimento, identidade, status e outros recursos menos tangíveis do que as causas que são imediatamente aparentes em uma controvérsia<sup>478</sup>. Afinal, os conflitos relacionados a políticas públicas são produtos de ambientes sociais dinâmicos, cujo envolvimento de seus atores é maior e muitas vezes mais complexo do que a soma de seus próprios interesses isoladamente considerados.

A parte ou o interessado que identificar a possibilidade de se buscar a construção de consenso para determinado conflito deve, obviamente, ter uma perspectiva preliminar se tal consenso é de fato factível e tem chances razoáveis de ser alcançado<sup>479</sup>. Ainda que o acordo não seja alcançado, essa possibilidade preliminarmente identificada deve ser suficiente para assegurar ao menos o engajamento das partes e interessados em discussões ou negociações profícuas e produtivas, que lhes permitam conhecer e entender um pouco mais sobre as posições, interesses e motivações de cada um.

Uma vez realizada a escolha do mediador ou facilitador que irá conduzir o processo, incumbirá a ele mapear em quais circunstâncias as partes principais do conflito

---

<sup>475</sup> INNES, *Consensus building: ...*, 2004, p. 9.

<sup>476</sup> DUKES, *Resolving public conflict: ...*, 2006, p. 137-138.

<sup>477</sup> DUKES, *Resolving public conflict: ...*, 2006, p. 138.

<sup>478</sup> DUKES, *Resolving public conflict: ...*, 2006, p. 138.

<sup>479</sup> SUSSKIND, Lawrence; THOMAS-LARMER, Jennifer. Conducting a conflict assessment. In SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah; THOMAS-LARMER, Jennifer (Org.). *The consensus building handbook. A comprehensive guide to reaching agreement*. Thousand Oaks, California: SAGE Publications, 1999, p. 99.

concordarão em negociar. É possível que se constate, por exemplo, que uma delas vivencia questões mais urgentes a resolver e, embora manifeste a intenção de resolver consensualmente o conflito em análise, não pode lhe dedicar atenção imediata uma vez que não se lhe apresenta como questão premente em determinado momento<sup>480</sup>. Nesse contexto, impõe-se uma detida ponderação sobre a possibilidade de se aguardar ou, se for o caso, de descartar de plano o esforço de resolução consensual.

Não há uma metodologia única por meio da qual se pode realizar a análise preliminar do conflito. Diversas estratégias poderão ser utilizadas para tanto, tais como entrevistas com os envolvidos, pesquisas sobre os antecedentes históricos dos fatos que originaram o conflito, consultas sobre os recursos disponíveis, entrevistas com técnicos e especialistas, pesquisas de opinião, análise de indicadores, dentre outros instrumentos. Ao cabo de tais recursos, pode-se chegar à conclusão, por exemplo, de que apenas uma parte do conflito pode ser resolvida consensualmente ou, ainda, se apenas alguns pré-requisitos forem satisfeitos<sup>481</sup>.

Em síntese, a análise do conflito habilita o seu responsável – seja o terceiro imparcial ou as partes que desejarem buscar a solução consensual – a identificar os representantes de todos os interesses em conflito, a mapear as pretensões iniciais de cada um, a vislumbrar possíveis pontos de convergência e divergência de interesses, a verificar a pré-disposição das partes em negociar de boa-fé e a estimar o tempo que será necessário para alcançar resultados satisfatórios.

#### ***4.3.2 O papel do mediador ou facilitador***

No processo de construção de consenso ora estudado, a presença do mediador ou facilitador se revela de fundamental importância. Não se olvida a possibilidade de que as partes envolvidas em um conflito coletivo possam, por si, engajar-se em produtivas negociações e obterem, sem a participação de um mediador ou facilitador, o almejado acordo ou, ao menos, soluções parciais para a controvérsia. Entretanto, conforme asseguram diversos

---

<sup>480</sup> Essa situação ocorre muito frequentemente com entes públicos, notadamente estados e municípios, que muitas vezes se vêm com questões urgentes e imprevistas a resolver, tais como as resultantes de catástrofes naturais, crises em segurança pública, surtos de doenças, dentre outros fatores que exigem de seus administradores atenção mais premente.

<sup>481</sup> SUSSKIND; THOMAS-LARMER. *Conducting conflict...*, 1999, p. 101.

praticantes e doutrinadores acostumados a lidar com conflitos complexos<sup>482</sup>, a interveniência de um agente mediador ou facilitador dos diálogos mostra-se imprescindível.

A importância da participação de um terceiro – ou, ainda, conforme será defendido nesta pesquisa, de um representante das partes que possa atuar como facilitador ou mediador do diálogo<sup>483</sup> – não é difícil de ser constatada e compreendida. De fato, um dos principais fatores dos quais se ressentem a resolução e o tratamento de conflitos complexos consiste justamente na falta de um agente que se prontifique a atuar como o “arquiteto” ou organizador da construção de possíveis alternativas factíveis, com as quais as partes possam conviver. E o desenho dessas alternativas somente se apresenta como medida possível a partir do momento em que se viabiliza o compartilhamento e a homogeneização do conhecimento das informações relevantes. Em um conflito bilateral, essa providência se revela relativamente simples de ser alcançada por ambas as partes. Todavia, em um conflito multipartes, em que a extensão do próprio objeto de dissenso nem sempre é clara para todos os envolvidos, a intervenção técnica e estratégica de um agente facilitador ou mediador pode ser decisiva.

Com efeito, em discussões nas quais há vários interesses divergentes representados pelos participantes e em que se verificam significativas discrepâncias entre os níveis de poder de cada interessado, o papel do mediador ou facilitador do conflito se revela de crucial importância para garantir a isonomia da participação. O “poder” aqui referido pode se consubstanciar em alta capacidade econômica, aptidão para exercer influência política, detenção de conhecimento técnico ou científico sofisticado ou, até mesmo, alta qualificação do representante que se encontra à frente das negociações em favor de determinado interessado. Independentemente do tipo de poder identificado, não se pode olvidar que, caso

---

<sup>482</sup> Citam-se, exemplificativamente: PREIS, *Mediation: who will ...*, 1993; SUSSKIND, *Multi-party public...*, 1997; ZEINEMANN, *The characterization of public...*, 2001, p. 49; SUSSKIND, *Resolving public...*, 1993; BELLMAN, Howard, PODZIBA, Susan. *Public policy mediation: best practices for a Sustainable World. Dispute Resolution Magazine*, v. 20, p. 22-25, Spring 2014; DUKES, *Resolving public conflict:...*, 2006.; MENKEL-MEADOW, *When litigation is...*, 2002.

<sup>483</sup> A possibilidade de um representante das partes atuar, no direito brasileiro, como mediador ou facilitador será tratada no item 5.3. Essa possibilidade também é aceita na prática norte-americana, embora não seja a regra. Michael Poirier Elliott esclarece que, dada a variedade de espécies de conflitos, há ocasiões em que uma das partes envolvidas, ainda que tenha interesse em determinado resultado, pode atuar de forma efetiva como mediador e facilitador. Para tanto, cita o exemplo de um caso ocorrido no arquipélago de Haida Gwaii, no qual a comunidade local estava em conflito com os governos local e federal em relação ao seu futuro vivendo no arquipélago. Um representante enviado ao local para agir em nome de agências estatais, que possuía especiais habilidades de comunicação e interação, acabou atuando como mediador de uma solução para o conflito. (ELLIOTT, Michael Poirier. *The role of facilitators, mediators, and other consensus building practioners*. In SUSSKIND; McKEARNAN; THOMAS-LARMER, *The consensus building ...*, 1999, p. 200).

esses atores tivessem poder suficiente para atender seus interesses por conta própria, seus representantes sequer participariam das discussões<sup>484</sup>.

Nesse contexto, o agente mediador ou facilitador deve ter sempre em mente a distinção entre o poder exercido fora da mesa de diálogo e o poder exercido ao redor da mesa, pois somente sobre esse último o profissional poderá incidir. Entretanto, obviamente, todos os participantes terão ciência daqueles que têm poder, daqueles que não o têm e de que forma poderão exercê-lo, de modo que essa percepção comum da realidade, de alguma forma, sempre estará subjacente às discussões.

Os teóricos do processo de construção de consenso argumentam que as diferenças de poder ao redor da mesa podem ser significativamente equalizadas mediante administração habilidosa do diálogo, compartilhamento de informações e preparação dos representantes<sup>485</sup>. Em alguns casos, a preparação dos representantes deve anteceder o início do diálogo entre os participantes, possibilitando que eventuais discrepâncias relevantes de capacidade de intervenção, debate e persuasão sejam previamente equalizadas. Essa percepção das diferenças e adoção de medidas para reduzi-las ou eliminá-las revela-se de suma relevância para que as posições e interesses dos grupos mais vulneráveis sejam de fato demonstrados e verbalizados, o que pode contribuir significativamente para a formação de novos pontos de vista por parte dos demais participantes e para o próprio redimensionamento do conflito.

Embora o papel do mediador ou facilitador seja crucial no processo de construção de consenso, nem sempre será dele a iniciativa de dar o primeiro passo, isto é, de identificar a possibilidade de se obter uma solução consensual e de convencer os envolvidos a se engajar nessa tentativa. Susan Carpenter observa que os iniciadores do processo frequentemente são pessoas que se encontram em situação de liderança, ou por um dos grupos diretamente afetados pelo problema, ou ainda por organizações ou pessoas que possuem um especial interesse no objeto da questão controversa<sup>486</sup>. Entretanto, nada impede que o mediador ou facilitador ajude as partes a explorarem de antemão quais são as possibilidades de desfecho caso optem por se comprometerem com o esforço de um processo extrajudicial de construção de consenso<sup>487</sup>. As possibilidades de adesão à proposta processual consensual serão tão maiores quanto maior for a credibilidade do agente que a apresenta.

---

<sup>484</sup> INNES, *Consensus building: ...*, 2004, p. 12.

<sup>485</sup> INNES, *Consensus building: ...*, 2004, p. 12.

<sup>486</sup> CARPENTER, *Choosing appropriate...*, 1999, p. 63.

<sup>487</sup> CARPENTER, *Choosing appropriate...*, 1999, p. 67.

Ainda que não tenha necessariamente essa responsabilidade de dar início ao processo, o mediador ou facilitador deve assegurar, segundo Susskind, nos conflitos que envolvem políticas públicas ou questões ambientais, que os ganhos das partes sejam maximizados de forma que não impliquem prejuízo em detrimento das outras, bem como que o acordo não estabeleça precedentes prejudiciais ao interesse público ou que desconsidere os impactos sobre interesses porventura não representados, inclusive das gerações futuras<sup>488</sup>. Esse ponto de vista externado por Susskind na década de 80 foi, segundo Dukes, considerado inaceitável por muitos mediadores de outras áreas à época, por refutarem essa responsabilidade atribuída ao profissional. Contudo, segundo Dukes, a rejeição a esse pensamento foi mais externada na prática do que na literatura sobre o tema, e que, com o tempo, a própria prática demonstrou que Susskind e seus adeptos estavam com a razão ao defenderem esse papel social e coletivamente mais responsável do mediador<sup>489</sup>, voltado para o interesse público para além dos interesses das partes à mesa.

Em conflitos que envolvem múltiplas partes, pode ocorrer que algumas delas não se disponham, a princípio, a buscar soluções consensuais em razão de resistências e desconfianças de umas em relação às outras, sejam quanto à sua idoneidade ou à sua capacidade de cumprir eventual acordo firmado. Também nesse ponto a atuação do mediador ou facilitador pode se tornar decisiva, pois ele poderá não apenas esclarecer as razões das resistências ou desconfianças, como ainda buscar e sugerir meios de superá-las, estabelecendo novas condições por meio das quais as partes possam retomar diálogos construtivos<sup>490</sup>.

Antes de definir a estratégia procedimental a ser adotada, é importante que o mediador ou facilitador se inteire profundamente da matéria que constitui objeto do conflito, notadamente nos casos que envolvem aspectos técnicos que se revelem decisivos para a elucidação dos pontos de questionamento das partes que fomentam o dissenso. Assim, o profissional deve se dedicar, antes que o processo seja iniciado, a estudar o contexto, as questões centrais a serem debatidas e os respectivos pontos de vista das partes envolvidas<sup>491</sup>. Em conflitos de interesse público, por exemplo, o conhecimento sobre os ciclos das políticas públicas, orçamento, demandas dos usuários ou da população afetada, formas de organização da prestação dos serviços, fontes de financiamento, dentre outras informações específicas, revela-se de crucial importância para a identificação das alternativas factíveis que viabilizem

---

<sup>488</sup> SUSSKIND, Lawrence. Environmental mediation and the accountability problem. *Vermont Law Review*. v. 6, n. 1, p. 7-8, 1981.

<sup>489</sup> DUKES, *Resolving public conflict...*, 2006, p. 97.

<sup>490</sup> CARPENTER, *Choosing appropriate...*, 1999, p. 67.

<sup>491</sup> CARPENTER, *Choosing appropriate...*, 1999, p. 70.

a obtenção de uma solução consensual. Com efeito, quando o mediador ou facilitador consegue transmitir a credibilidade, por meio da condução do diálogo objetivo e transparente entre as partes, de que todas as variáveis técnicas foram sopesadas, à luz das informações trazidas e confrontadas à mesa, aumenta-se consideravelmente a probabilidade de que as partes identifiquem as soluções efetivamente exequíveis e que atendam, na maior medida possível, os interesses apresentados.

Conquanto seja mais comum a presença de um profissional, pessoa física, que atue como mediador ou facilitador, Michael Elliott chama a atenção para a possibilidade de que esse papel também seja desempenhado por um time de profissionais<sup>492</sup>, a depender da complexidade e da extensão do litígio. Obviamente, faz-se necessária a presença de um líder que estabeleça as estratégias do processo, mas nada impede que ele possa contar com o auxílio de profissionais que desempenhem tarefas acessórias que auxiliem na busca pelo consenso. Dentre tais tarefas, podem-se citar, por exemplo, a realização de entrevistas, a coleta de dados, a confrontação de informações, a confecção de relatórios e atas, dentre outras.

Incumbe ainda ao mediador ou facilitador auxiliar as partes a focarem em assuntos e objetivos que se revelem substanciais à solução de conflito. Assim, cabe ao profissional a definição ou a sugestão da pauta de cada reunião, a condução das discussões de modo a focá-las nas questões relevantes, a promoção da interação e da comunicação e a adoção de medidas que viabilizem o “fechamento” de questões apresentadas, evitando-se a permanência de discussões e assuntos inacabados, que impedem o produtivo prosseguimento das negociações. Tais tarefas, não obstante pareçam corriqueiras ou que possam ser assumidas por qualquer profissional, exigem, na prática, extrema organização, assertividade e foco.

É importante, ainda, que previamente ao início do processo de construção de consenso, sejam estabelecidas, com a ajuda do mediador ou facilitador, as regras básicas (*ground rules*) que orientarão a atuação das partes e do próprio mediador ou facilitador<sup>493</sup>. Tais regras podem contemplar a forma como se dará a comunicação entre os participantes, quais representantes de cada grupo participarão das discussões, a divisão de responsabilidades na coleta e compartilhamento de informações, a fixação de prazos para o cumprimento de compromissos assumidos durante as negociações, além de outras previsões que busquem conferir uma satisfatória previsibilidade e confiança em relação a todas as etapas do processo.

---

<sup>492</sup> ELLIOTT, Michael Poirier. The role of facilitators, mediators, and other consensus building practioners. In SUSSKIND; McKEARNAN; THOMAS-LARMER, *The consensus building...*, 1999, p. 205.

<sup>493</sup> ELLIOTT, The role of facilitators..., 1999, p. 214.



Ainda que se admita que um dos representantes das partes em conflito possa atuar como mediador ou facilitador, o profissional designado, ao assumir esse papel, deve pautar sua conduta segundo o vetor da neutralidade. Obviamente, ele não deixará de lado a defesa dos interesses que representa, mas, em vez de se orientar por essa parcialidade<sup>494</sup>, deverá incentivar a apresentação do respectivo contraponto, pelas partes, em relação aos interesses em disputa, de modo a identificar uma solução que seja aceitável por todos. Assim, para além de buscar garantir a satisfação do interesse que representa, o profissional também deve se dedicar a proporcionar o alcance do mesmo objetivo em relação aos demais participantes, podendo inclusive chegar à conclusão de que a posição que inicialmente sustentava, como parte, estava equivocada ou incompleta. Segundo a lição de Elliott, apenas o mediador ou facilitador que se comporta com neutralidade estará apto a ganhar a confiança de todos os participantes<sup>495</sup>.

#### **4.3.3 A definição da estratégia procedimental**

Não há um rito procedimental único que seja adequado à resolução consensual de todas as espécies de conflitos que incidem sobre políticas públicas. De fato, não há como se estabelecer, de antemão, quantas reuniões serão necessárias, quais os interessados deverão ser convidados à mesa, se haverá ou não necessidade de entrevistas em separado com cada um dos envolvidos, se haverá necessidade de realização de inspeções conjuntas ou perícias técnicas, qual o período de duração do processo, dentre outros. De acordo com a lição de Carpenter, os processos do tipo “um tamanho que serve a todos” (“*one size fits all*”), isto é, que desconsideram as especificidades das partes e questões envolvidas, têm menos chances de serem bem sucedidos<sup>496</sup>.

Assim, a depender da natureza, da complexidade e da extensão do conflito, bem como do número de interessados envolvidos, diferentes estratégias procedimentais poderão ser traçadas pelo mediador ou facilitador, em colaboração com todas as partes a serem identificadas e definidas. Não obstante todo o processo deva ser guiado por princípios gerais,

---

<sup>494</sup> No ordenamento jurídico brasileiro, essa alternância possível de postura que transita entre a parcialidade e a neutralidade é identificada nas funções institucionais do Ministério Público, uma vez que, ao passo em que atua como parte legitimada ativa na propositura de ações civis públicas em defesa de interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da CR/88), também deve atuar como fiscal da ordem jurídica (art. 127, *caput*, da CR/88), o que implica o dever de reconhecimento dos direitos subjetivos daqueles titulares cujos interesses não lhe incumbe defender na qualidade de parte.

<sup>495</sup> ELLIOTT, The role of facilitators..., 1999, p. 218.

<sup>496</sup> CARPENTER, Choosing appropriate..., 1999, p. 70.

tais como participação inclusiva e tomada de decisões sem que se tenha que se valer de votação, haverá casos em que deverão ser especificamente analisados a necessidade de presença de técnicos com conhecimentos científicos específicos, a forma com que as partes interagem entre si, o tempo de duração do processo, dentre outros fatores variáveis conforme as características do conflito<sup>497</sup>.

É interessante a observação de Judith Innes no sentido de que o método de construção de consenso apresenta pontos em comum com a noção de razão comunicativa de Jürgen Habermas, mas está longe de ser idêntico. A autora destaca que, ao contrário da razão comunicativa, a construção de consenso não é uma abordagem epistemológica ou um tipo ideal de procedimento, mas uma visão prática<sup>498</sup> do que é necessário para a criação de oportunidades para se tomar decisões relevantes sobre o futuro em uma situação real, levando em consideração diversos tipos de conhecimento e pontos de vista<sup>499</sup>.

De fato, verifica-se que as teorias construídas sobre as estratégias procedimentais de construção de consenso baseiam-se na experiência dos profissionais que aprenderam, na prática, a importância de eleger um objetivo factível e de permitir aos próprios interessados que participem da formulação do procedimento adequado para atingi-lo. Além disso, esses profissionais identificaram a necessidade de desenvolver técnicas de facilitação e administração de reuniões, de constituir grupos menores a partir de grandes grupos sem perder a qualidade da representação, de lidar com aspectos ideológicos e políticos do conflito, de identificar as questões que devem ser levadas à mesa de discussão e das que devem ser abordadas de forma mais reservada, dentre inúmeras outras habilidades. Por tais razões, empiricamente observadas por meio da prática e da pesquisa, Judith Innes é enfática ao afirmar que a construção de consenso se desenvolveu como uma prática sem o conhecimento ou sequer referência ao trabalho de Jürgen Habermas, embora alguns pontos em comum possam ser

---

<sup>497</sup> CARPENTER, Choosing appropriate..., 1999, p. 61-62.

<sup>498</sup> Conforme afirmou Lawrence Susskind em um Simpósio organizado pela Sociedade de Resolução de Conflitos Fordham: “Eu passei a minha vida profissional trabalhando em situações como essas [que envolvem conflitos de grandes proporções, complexos e com várias partes] e treinando pessoas para lidarem com esforços de construção de consensos. Nós, agora, temos mais do que suficientes exemplos de casos bem sucedidos de construção de consenso em situações altamente conflituosas, e podemos concluir que esses casos não duram para sempre, não custam muito, e podem ser resolvidos de maneira definitiva em um prazo previamente definido”. (Tradução livre). Remarks from the Fordham Dispute Resolution Society Symposium: Consensus Building and Institutionalizing Effective Policy and Practice: Exploring the use of Alternative Dispute Resolution Processes in Disputes Involving the Government. *Fordham Urban Law Journal*, n. 185, 2008. p. 5).

<sup>499</sup> INNES, *Consensus building: ...*, 2004, p. 9.

identificados. A autora ressalta, outrossim, que Habermas é um teórico social, enquanto os estudos sobre construção de consenso se enquadram na categoria de pesquisa empírica<sup>500</sup>.

Não obstante as distinções acima apontadas, deve-se reconhecer que os estudos do pensador alemão auxiliam na compreensão teórica da prática ora analisada. Em verdade, as ideias consubstanciadas na expressão “razão comunicativa”, e que traduzem uma reflexão epistemológica e uma visão ideal da realidade, em muito podem contribuir para compreender as razões do sucesso ou de eventuais falhas nos processos de construção de consenso. Veja-se que, segundo Habermas:

Quando desejamos convencer-nos mutuamente da validade de algo, nós nos confiamos intuitivamente a uma prática, na qual supomos uma aproximação suficiente das condições ideais de uma situação de fala especialmente imunizada contra a repressão e a desigualdade – uma situação de fala na qual proponentes e oponentes, aliviados da pressão da experiência e da ação, tematizam uma pretensão de validade que se tornou problemática e verificam, num enfoque hipotético e apoiados apenas em argumentos, se a pretensão defendida pelo proponente tem razão de ser. A intuição básica que ligamos a esta prática de argumentação caracteriza-se pela intenção de conseguir o assentimento de um auditório universal para um proferimento controverso, no contexto de uma disputa não-coercitiva, porém regulada pelos melhores argumentos, na base das melhores informações<sup>501</sup>.

Verifica-se, assim, que muitos dos elementos e etapas essenciais ao processo de construção de consenso ora tratado consubstanciam, em alguma medida, as condições ideais de comunicação a que se refere Habermas.

Entretanto, Judith Innes alerta para o fato de que um dos principais aspectos da teoria de Habermas – a força do melhor argumento – não se aplica como ferramenta de persuasão dos interessados na construção de consenso, haja vista que, na maior parte dos casos, as pessoas não compartilham suficientes objetivos e visões de mundo aptas a viabilizar que esse tipo de argumento seja efetivo<sup>502</sup>. Ao contrário, o que se verifica é a formulação sucessiva de questionamentos, compreensão recíproca dos pontos de vista e conhecimento das experiências já vividas por cada um, tudo com vistas a garantir que alguma parte de seus interesses seja satisfeita. Em verdade, em se tratando do processo consensual de resolução de conflitos ora analisado, a “força do melhor argumento” se traduziria justamente na força do melhor acordo possível, coletivamente produzido pelo convencimento recíproco das partes.

---

<sup>500</sup> INNES, *Consensus building: ...*, 2004, p. 10.

<sup>501</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 283-284.

<sup>502</sup> INNES, *Consensus building: ...*, 2004, p. 11.

Embora a precisa forma com que se dará a administração de um conflito, bem como a definição da estratégia procedimental para buscar soluções, sejam moldadas pelas particularidades de cada situação – as quais envolvem a natureza da questão controversa, o número de partes envolvidas, o tempo esperado de resolução do conflito, o grau de acessibilidade às informações necessárias, dentre outras características – alguns passos são considerados essenciais por Carpenter e Kennedy, quais sejam: construir uma compreensão comum da causa do conflito; definir os espaços e a forma com que se darão as discussões e negociações; identificar claramente os interesses de cada uma das partes envolvidas; e, por fim, desenvolver uma gama de opções viáveis para dirimir as questões controversas, a partir das quais surgirá a possível solução<sup>503</sup>.

#### **4.3.4 A busca do consenso**

Interesses compartilhados e possibilidades de convergência de ações em relação a determinada política pública comumente podem se verificar entre cidadãos, grupos de indivíduos, organizações civis, comunidades e agentes públicos. Entretanto, tais características em comum nem sempre se revelam óbvias ou constatáveis de plano. É preciso método para identificar os interesses que porventura se ocultem atrás de posições aparentemente intransigentes e, assim, viabilizar o encontro de pontos de convergência e construir soluções viáveis e consensuais para questões que outrora somente se apresentavam, à primeira vista, como fonte de dissenso.

É digno de nota, entretanto, que embora o alcance do consenso constitua, em regra, o objetivo último do processo de construção de consenso ora em análise, Judith Innes observa que, em alguns casos, o consenso propriamente dito pode se revelar o resultado menos importante diante de inúmeras outras relevantes conquistas proporcionadas pela interação entre as partes em conflito. De fato, a autora explica que muitos processos não são traçados para obter prioritariamente um acordo, mas para construir entendimentos em uma comunidade, mobilizar atores e capacitá-los, produzir conhecimento para situações futuras ou, ainda, para viabilizar o monitoramento qualificado de determinadas atividades<sup>504</sup>. Esses resultados se revelam possíveis em razão do aprendizado conjunto proporcionado pelo processo, em especial a partir da compreensão compartilhada das questões discutidas e dos

---

<sup>503</sup> CARPENTER; KENNEDY, *Managing public disputes: ...*, 2001, p. 56-57.

<sup>504</sup> INNES, *Consensus building: ...*, 2004, p. 8 e 17.

atores envolvidos, da discussão sobre as possíveis soluções e as ações factíveis em determinado contexto, do desenvolvimento da capacidade de trabalhar em conjunto e de dialogar, bem como da desconstrução de pré-concepções e pré-conceitos em relação a fatos, informações e partes.

Além disso, a expressão “consenso” nem sempre é utilizada para se referir a um acordo que contempla a totalidade das questões controversas. Pode-se considerar um acordo altamente satisfatório caso cerca de oitenta ou noventa por cento dos objetivos de cada interessado sejam alcançados. Ainda que alguma das partes não considere que parcela significativa de seus interesses tenha sido atingida, o próprio procedimento de discussão e a compreensão das variáveis envolvidas e dos pressupostos da deliberação podem contribuir sobremaneira para que ao menos eventual postura adversarial seja atenuada, favorecendo entendimentos futuros ou até mesmo maior qualificação da atuação do interessado, haja vista a gama de informações hauridas com a experiência de tentativa de construção do consenso.

Susskind ainda observa que a maior parte das dificuldades que as pessoas em situação de conflito têm para pensar ou trabalhar de forma colaborativa ou tendente a alcançar um bom acordo recai sobre fatores de natureza psicológica, os quais impedem quaisquer tentativas produtivas de negociação<sup>505</sup>. Os indivíduos normalmente adentram o conflito com o desejo egoístico de fazer prevalecer seus próprios interesses, de modo que as possibilidades de diálogo se restringem ao quanto não se quer deixar de perder, ou ao pensamento de que “cheguei longe demais para desistir”. Além disso, a atitude de percepção seletiva, isto é, de notar apenas os fatos que confirmem suposições iniciais, ou de apenas formular perguntas que tendem a corroborar as impressões pré-concebidas, tendem a criar padrões destrutivos de interação em relação aos quais fica difícil de esquivar ao longo da negociação<sup>506</sup>. Assim, como em qualquer outro conflito, há que se ter em vista que as disputas que envolvem políticas públicas são moldadas por fatores psicológicos e emocionais que não podem ser desprezados.

Quando as partes em conflito se dispõem a participar de uma construção consensual de uma possível solução relacionada a políticas públicas, a complexidade da questão e o tempo necessário para compreendê-la e vislumbrar possíveis caminhos viabilizam espaços qualificados para o desenvolvimento de relações profissionais duradouras e uma valiosa rede de contatos. Tais fatores, aliados à natureza eminentemente participativa de todo

---

<sup>505</sup> SUSSKIND; CRUIKSHANK. *Breaking the impasse:...*, p. 89.

<sup>506</sup> SUSSKIND; CRUIKSHANK. *Breaking the impasse:...*, p. 92.

o processo decisório, produzem resultados mais difíceis de serem descumpridos ou questionados, uma vez que, durante a sua construção, as partes têm a oportunidade de apresentarem e ponderarem todas as possíveis nuances que porventura desfavoreçam a efetividade das soluções cogitadas.

Dukes ainda chama a atenção para a possibilidade de que questões subjacentes ou ocultas venham à tona durante esse processo de construção, evidenciando muitas vezes as verdadeiras razões pelas quais o conflito de fato se iniciou<sup>507</sup>. Essa “descoberta” pode se tornar, em verdade, o maior ganho de todo o esforço de negociação e abrir inclusive novas possibilidades de compreensão de outros conflitos similares.

Ao fazer um levantamento, com base em suas experiências práticas profissionais e na de terceiros, dos principais fatores que dificultam que as partes se disponham a buscar uma solução consensual, Dukes os sintetizam nos seguintes: preferência pela via judicial, ausência de motivação para obter um acordo, indisposição para negociar, possibilidade iminente de mudanças na arena política e significativa diferença de poder entre as partes<sup>508</sup>. Embora nenhum desses fatores seja de fato impeditivo para a obtenção do consenso, é importante que o profissional que se disponha a ser o mediador ou o facilitador do conflito possa identificar os possíveis obstáculos para que as partes efetivamente “venham para a mesa” e viabilize sua eventual superação, ainda que se obtenha uma alternativa provisória ou que resolva apenas parcialmente o dissenso.

Carpenter e Kennedy sintetizam que o objetivo primordial do processo decisório consensual é o de que, de fato, possa ser alcançada uma solução que todas as partes possam aceitar. Esse objetivo se revela sensivelmente factível quando as partes acordam sobre a forma de coletar informações, e discuti-las e analisá-las à luz das razões qualitativamente expostas por todos os representantes. É preciso ter em mente que a solução encontrada não agradará aos envolvidos na mesma medida, mas o principal fator legitimador de todo o processo é quando as partes reconhecem que a decisão consensual alcançada foi a melhor possível, quando sopesados todos os interesses envolvidos. Frise-se que o alcance da decisão não pode se dar por votação, uma vez que tal mecanismo necessariamente consagra vencedores e perdedores, cuja qualificação desnatura todo o esforço de argumentação desenvolvido durante o processo<sup>509</sup>.

---

<sup>507</sup> DUKES, *Resolving public conflict:...*, 2006, p. 93.

<sup>508</sup> DUKES, *Resolving public conflict:...*, 2006, p. 95.

<sup>509</sup> CARPENTER; KENNEDY, *Managing public disputes: ...*, 2001, p. 29.

#### 4.3.5 A implementação do acordo

Antes de tratar propriamente sobre a fase de implementação do acordo, é importante destacar que as decisões colaborativas resultantes de um processo de construção de consenso, além de traduzirem alternativas plausíveis e tangíveis para todos os envolvidos, também contribuem para produzir uma compreensão compartilhada dos problemas resolvidos durante o conflito e, dadas as interações estabelecidas durante as discussões, uma responsividade recíproca por parte daqueles que fizeram parte do processo. Na visão de William Potapchuk e Jarle Crocker, são fatores intangíveis como esses que contribuem para que um acordo possa perdurar e, conseqüentemente, ser cumprido<sup>510</sup>.

Sob uma perspectiva pragmática, a fase de implementação do acordo requer monitoração e, em muitos casos, algumas renegociações decorrentes do surgimento de fatores imprevistos. De fato, em conflitos que envolvem múltiplas variáveis e diferentes atores, é possível que alguns consensos somente sejam alcançados mediante a estratégia de celebração de compromissos contingentes, cuja realização dependerá das circunstâncias do momento em que deverão ser adimplidos<sup>511</sup>. Pode-se exemplificar, por exemplo, com o fator financeiro decorrente de drástica frustração de arrecadação de receitas por parte do Poder Público, inviabilizando o cumprimento de determinada obrigação no tempo e modo pactuados.

De acordo com Potapchuk e Crocker, os problemas mais significativos relacionados à fase de implementação de acordos decorrentes de conflitos que envolvem políticas públicas complexas dizem respeito à falta de estudos que promovam avaliação precisa dos resultados, aos questionamentos sobre o que pode ser considerado de fato um acordo de sucesso e, ainda, às dificuldades inerentes à análise quantitativa<sup>512</sup> de resultados

---

<sup>510</sup> POTAPCHUK, William; CROCKER, Jarle. Implementing consensus-based agreements. In SUSSKIND; McKEARNAN; THOMAS-LARMER, *The consensus building...*, 1999, p. 531.

<sup>511</sup> SUSSKIND, Multy-Party public..., 1997, p. 6.

<sup>512</sup> Cumpre-se notar que, no caso descrito no item 3.4 sobre o conflito instaurado a partir da pretensão de ampliação de vagas na educação infantil no Município de São Paulo, a questão inicialmente posta em discussão durante a fase negocial do acordo restringiu-se efetivamente à ampliação do número de vagas em creches e pré-escolas. Contudo, durante a fase de implementação do acordo inicialmente entabulado, verificou-se que o Município de São Paulo, ao invés de ampliar a rede por meio de unidades escolares e servidores próprios, optou por ampliar o número de vagas por meio da realização de convênios com entidades privadas. Assim, durante a avaliação dos resultados alcançados, na fase de implementação, verificou-se a necessidade de se estabelecer metas não apenas relacionadas à quantidade de vagas, mas também à qualidade dos serviços prestados na rede privada, razão pela qual posteriormente se acordou, dentre outras, a redução do número de crianças por educador e a garantia de manutenção de programa de formação dos profissionais da rede privada conveniada.

que, em verdade, possuem uma relevante dimensão qualitativa<sup>513</sup>. Além disso, devido ao fato de que os processos colaborativos de decisão e de implementação nem sempre são institucionalizados nas organizações, descortina-se a necessidade de superar a barreira dos mecanismos tradicionais de atuação isolada de cada representante<sup>514</sup>.

Há que se atentar ainda para a circunstância de que a fase de implementação pode falhar caso se constate, após a formulação do acordo, que nem todos os interesses envolvidos no conflito foram representados<sup>515</sup>. Nesse caso, o acordo, além de perder legitimidade perante aqueles que não foram “chamados à mesa”, poderá ter a sua execução significativamente dificultada, ou até impossibilitada, diante da ausência de grupos que não participaram da construção da solução inicial. Cogita-se, por exemplo, de um acordo envolvendo a implantação de uma unidade prisional em determinada localidade, cujos termos foram aceitos por todos os grupos e agentes públicos diretamente envolvidos e interessados. Entretanto, após o início das obras, identifica-se que o local por onde deveriam passar os caminhões de carga trazendo materiais para a construção da unidade só poderiam chegar ao local mediante a utilização de uma via pública situada em comunidade que, até então, não havia sido considerada como possível impactada pelo empreendimento. Como consequência, os moradores iniciam a colocação de barricadas para impedir a passagem dos veículos, por entenderem que o trânsito intenso prejudica a conservação da via pública, a tranquilidade e a saúde dos moradores. Nesse caso, conquanto todos os demais grupos de interesse estivessem previamente ajustados para viabilizar a construção da unidade prisional, a falta de representação de possíveis outros interesses significativamente envolvidos pode impactar a execução do acordo outrora obtido.

Potapchuk e Crocker alertam ainda para duas outras circunstâncias que devem ser levadas em consideração durante as discussões que antecedem eventual acordo e que repercutem sobremaneira durante a fase de implementação: a proximidade ou a iminência de eleições para o exercício de mandatos políticos e a interface de determinados assuntos com áreas correlatas, mas não representadas à mesa<sup>516</sup>.

A situação ideal consiste naquela em que as fases de formulação e implementação do acordo contem com participantes, com poderes de decisão perante o interessado que representa, que estiveram presentes em ambas as oportunidades. Contudo, caso sobrevenham

---

<sup>513</sup> POTAPCHUK, William; CROCKER, Jarle. Implementing consensus-based agreements. In SUSSKIND; McKEARNAN; THOMAS-LARMER, *The consensus building...*, 1999, p. 528.

<sup>514</sup> POTAPCHUK; CROCKER, *Implementing consensus-based...*, 1999, p. 529.

<sup>515</sup> POTAPCHUK; CROCKER, *Implementing consensus-based...*, 1999, p. 532.

<sup>516</sup> POTAPCHUK; CROCKER, *Implementing consensus-based...*, 1999, p. 538-541.



fatores – como, por exemplo, as eleições – que se revelem suscetíveis de alterar a configuração inicial de participantes, decisões importantes devem ser tomadas no sentido de se deliberar pelo prosseguimento ou não do processo e, caso se opte pelo prosseguimento, quais providências poderão ser adotadas para se evitar solução de continuidade durante a fase de implementação. Cumpre-se registrar que, a depender da qualidade do acordo e da robustez das informações técnicas e estudos que o embasaram, aumentam-se as chances de que ele seja executado independentemente da superveniência de posições subjetivas diversas que recaiam sobre o conteúdo objetivamente acordado.

No que se refere ao aspecto da interface do assunto objeto do conflito com áreas correlatas, mas não representadas à mesa, verifica-se que, conquanto se trate de preocupação que deve remontar ao momento de identificação dos interessados que devem “estar à mesa”, apresenta reflexos consideráveis no momento da implementação do acordo. Pense-se, por exemplo, em um consenso que se formou em relação à forma de execução de determinada política pública de uma secretaria municipal específica. Entretanto, a periodicidade de desembolso financeiro para a execução da política pública em questão era de responsabilidade de outra secretaria – nomeadamente, a Secretaria de Fazenda – que não foi chamada a participar, de alguma forma, do processo de construção da decisão. Nesse caso, a exequibilidade do acordo, sob o ponto de vista financeiro, poderá ser seriamente comprometido caso as expectativas que o embasaram não encontrem ressonância na possibilidade real de desembolso de recursos.

Segundo Potapchuk e Crocker, um dos fatores que pode alimentar o dissenso não é a divergência sobre o que as partes já entendem como verdade, mas a controvérsia sobre aquilo que ainda é desconhecido. De fato, são as incertezas, derivadas de suposições, que mais prejudicam o alcance do consenso e a conseqüente credibilidade de sua implementação. Por isso, os autores destacam que a exequibilidade do acordo está diretamente relacionada com o esclarecimento das conjecturas levantadas pelas partes, mormente nas circunstâncias em que há fundada probabilidade de ocorrer contingências em relação a determinadas obrigações previamente fixadas<sup>517</sup>.

Por fim, Potapchuk e Crocker destacam a importância de se formalizar o acordo por meio de um documento escrito, bem compreendido por todas as partes, o qual deve contemplar pelo menos os seguintes itens: descrição do processo por meio do qual o acordo foi alcançado, esclarecimentos sobre as razões pelas quais as decisões foram tomadas,

---

<sup>517</sup> POTAPCHUK; CROCKER, *Implementing consensus-based...*, 1999, p. 543-544.

identificação de todos os participantes do processo, detalhamento das obrigações<sup>518</sup> e seus respectivos responsáveis, informações sobre as estratégias de execução e acompanhamento<sup>519</sup> das obrigações, e, facultativamente, a previsão de um ritual de formalização do acordo, tal como a realização de uma cerimônia pública<sup>520</sup>.

---

<sup>518</sup> Nota-se que não há a menção à imposição obrigatória de sanções em caso de descumprimento. A característica da voluntariedade revela-se marcante tanto na fase de formulação quanto na de implementação do acordo, uma vez que a motivação principal para participar do processo é a expectativa de que a confiança construída e o compromisso recíproco entre as partes sejam suficientes para garantir o sucesso das deliberações.

<sup>519</sup> Os autores aventam a possibilidade de que haja a designação de uma equipe, ou o estabelecimento de parcerias com instituições afins, especialmente para monitorar o cumprimento das obrigações, sobretudo nos casos em que a sua duração se protraia por significativo período de tempo.

<sup>520</sup> POTAPCHUK; CROCKER, *Implementing consensus-based...*, 1999, p. 550-552.

## 5 A CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS EM CONFLITOS COLETIVOS QUE ENVOLVEM POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA PROPOSTA PROCESSUAL EXTRAJUDICIAL

### 5.1 A necessidade de se (re)pensar o processo coletivo sob a perspectiva extrajudicial

Conforme já ressaltado no Capítulo 2, as possibilidades de realização do controle de políticas públicas por meio das ações coletivas constitui tema bastante explorado pela doutrina processual brasileira, além de constituir objeto de farta jurisprudência dos tribunais locais e superiores<sup>521</sup>.

Diante da constatação da inerente complexidade e peculiaridade das matérias tratadas nessas ações, passou-se a discutir, mais recentemente, na doutrina processual brasileira, a possibilidade de criação de um modelo processual judicial que melhor pudesse se adaptar à natureza dos litígios discutidos em juízo. Esse novo modelo vem sendo chamado, a partir de inspirações advindas do direito comparado norte-americano, de processo de interesse público ou processo coletivo estrutural<sup>522</sup>. O projeto de lei nº 8.058/2014<sup>523</sup>, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, constitui uma das iniciativas de se incorporar ao direito positivo brasileiro disposições legais que permitam ao Poder Judiciário proferir decisões, seja

---

<sup>521</sup> ARE 701353 AgR/ RN - RIO GRANDE DO NORTE, AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento:26/08/2016, Órgão Julgador: Primeira Turma; ARE 839629 AgR/ DF - DISTRITO FEDERAL, AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 02/02/2016, Órgão Julgador: Segunda Turma; RE 592581/ RS - RIO GRANDE DO SUL, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 13/08/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Nesse último caso, o Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 set. 2017.

<sup>522</sup> A respeito desse novo modelo de processo, ressalta-se a coletânea coordenada pelos professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques da Costa, intitulada “O processo para solução de conflitos de interesse público”, publicada pela editora Juspodium no ano de 2017, e a coletânea coordenada pelos professores Sérgio Cruz Aranhart e Marco Félix Jobim, intitulada “Processos estruturais”, também publicada pela editora Juspodium no ano de 2017.

<sup>523</sup> O referido projeto de lei, que visa a instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, é fruto de trabalho coletivo realizado por pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, presidido pela professora Ada Pellegrini Grinover. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

no processo de conhecimento, seja na fase de cumprimento de sentença, que possam melhor se adequar à implementação da política pública questionada.

Não há dúvidas sobre a relevância de caráter prático e acadêmico das discussões ora verificadas na doutrina nacional a respeito dos processos coletivos estruturais ou de interesse público que tramitam no Poder Judiciário. De fato, a natureza eminentemente publicística das questões que constituem o objeto material dessas ações, as quais frequentemente veiculam pretensões de intrincada compreensão e exequibilidade, demanda uma revisitação das técnicas decisórias tradicionalmente previstas na legislação processual civil.

Entretanto, conforme já se explicitou em outro ponto desta pesquisa, o estudo de algumas paradigmáticas experiências de tribunais estrangeiros – sobretudo os norte-americanos, cujos juízes dispõem de amplos poderes para conduzir a execução de suas decisões<sup>524</sup> – demonstrou que a via da adjudicação forçada dificilmente repercute todos os efeitos desejados, de modo que já é possível verificar uma substancial inclinação, no curso da própria via judicial, no sentido da adoção de técnicas decisórias consensuais como efetiva medida de solução de conflitos de interesse público.

Assim, da mesma forma como a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça e a Lei nº 13.105/15, que instituiu o Código de Processo Civil vigente, promoveram uma verdadeira “redescoberta” dos meios consensuais de resolução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, fomentando o estudo e o aperfeiçoamento de técnicas autocompositivas sobretudo no âmbito dos conflitos individuais, cumpre-se questionar e identificar as contribuições que esse novo influxo pode trazer para aperfeiçoar as possibilidades de solução consensual dos conflitos coletivos. Embora tenha tratado pontual<sup>525</sup> e genericamente<sup>526</sup> da matéria, a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público também deu um importante passo nesse sentido. Dessa forma, assim como o estudo

---

<sup>524</sup> Conforme relatam Rubin e Feeley, as decisões que buscaram reformar o sistema prisional norte-americano eram executadas ou administradas pelos denominados “*masters*” apontados pelos juízes. Esperava-se que eles levantassem informações, fossem conselheiros dos juízes, facilitadores da execução, mediadores e auditores, embora as decisões que os nomeavam raramente especificassem tais funções. Algumas vezes, suas atividades consistiam em convencer os réus quanto aos termos da decisão judicial; outras, em atuar como consultores dos réus sobre como eles poderiam melhor seguir as decisões das cortes; e, ainda, em trabalhar silenciosamente para alcançar um consenso entre as partes e trazer os resultados ao público. Além disso, os administradores nomeados pelos juízes poderiam contratar pessoas para auxiliá-los. A relação entre os administradores e os funcionários e gestores das prisões variava conforme o perfil da burocracia, da resistência em executar as decisões judiciais e a postura cooperativa. (FEELEY, Malcolm; RUBIN, Edward. *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America’s Prisons*. Cambridge University Press: Cambridge, 1998).

<sup>525</sup> A referida Resolução destinou-se ao incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público brasileiro.

<sup>526</sup> Embora tenham sido feitas menções às possíveis técnicas consensuais a serem utilizadas, não se aprofundou em relação ao modo e adequação de cada qual a partir da natureza do conflito considerado.

do processo coletivo judicial tem se aprofundado e aprimorado a fim de se adequar à solução dos conflitos de interesse público no âmbito do Poder Judiciário, identifica-se a mesma necessidade de se realizar esse esforço no espectro das soluções consensuais extrajudiciais especificamente voltadas àquelas espécies de conflitos.

Poder-se-ia questionar, neste ponto, sobre eventual necessidade de tratamento específico das soluções consensuais voltadas para os conflitos coletivos de interesse público exclusivamente no âmbito extrajudicial, uma vez que, conforme disposição legal (art. 3º, §3º, do CPC/15), os métodos de solução consensual de conflitos devem ser adotados inclusive no curso do processo judicial. Entretanto, justifica-se que a escolha metodológica ora realizada, além de assentar-se em razões atreladas à própria dinâmica do método processual apresentado, parte da premissa de que o ajuizamento de ações coletivas que veiculam pretensões relacionadas a conflitos coletivos de interesse público requer que as discussões que norteiam a implementação ou não da política pública questionada estejam suficientemente maduras e esclarecidas para todos os envolvidos, aumentando-se as perspectivas de êxito da via judicial. Para tanto, defende-se o entendimento de que o alcance dessa compreensão aprofundada do conflito não se revela possível sem que, antes de se optar pelo caminho adversarial, a via consensual tenha sido adequadamente buscada.

Ao trataram sobre as ações que buscaram reformas estruturais no sistema educacional norte-americano, Rebell e Hughes argumentam que a utilização da própria via judicial pode se revelar desnecessária quando são utilizados processos deliberativos adequados:

(...) decisões judiciais significativas em casos relacionados a políticas públicas sociais complexas devem envolver as cortes em processos deliberativos que incluem ampla participação de todos os grupos afetados e indivíduos, e isso atende às necessidades de contextos institucionais específicos. Um modelo decisório que seja responsivo para com as necessidades contemporâneas de reforma educacional deve atender aos problemas de governança educacional, falta de participação dos cidadãos e choques de valores. Um processo de tomada de decisão que possa atender a essas necessidades deve englobar mecanismos de criação de instituições para comunidades escolares que vão além de resolver uma disputa jurídica imediata. De fato, um modelo de decisão efetivo que promova a participação dos cidadãos e resolva choques de valores poderia, em muitos casos, eliminar a necessidade de intervenção judicial<sup>527</sup>.

---

<sup>527</sup> “(...) meaningful remedies in complex social policy cases must involve courts in deliberative processes that include broad participation by all affected groups and individuals, and that fit the needs of the particular institutional context. A remedial decision-making model that is responsive to contemporary needs for education reform must respond to the problems of educational governance, lack of citizen participation, and values clashes. A decision-making process that could meet these needs must encompass institution-building mechanisms for school communities that go beyond resolving an immediate legal dispute. Indeed, an effective remedial model that promotes citizen participation and resolves values clashes would, in many cases, obviate the need for judicial

Com efeito, os casos concretos exemplificados no item 3.3 da pesquisa bem ilustram a necessidade de amadurecimento da fase de tentativa de tratamento extrajudicial dos conflitos coletivos que envolvem políticas públicas. Observa-se que, em verdade, a polarização inerente ao processo judicial (autor  $\Leftrightarrow$  réu) – além de promover um recorte da realidade de acordo com a conveniência processual do interesse de agir da parte autora, que se reflete na delimitação da causa de pedir e do pedido – naturalmente faz com que apenas os argumentos que sustentem as *posições* das partes sejam colocados em discussão e em contraditório. Entretanto, conforme ressaltado no Capítulo 4, o acurado deslinde do conflito não prescinde do aprofundado conhecimento de todos os fatores relevantes que contribuem para a formação das posições assumidas e, conseqüentemente, da identificação dos reais *interesses* dos envolvidos.

Conquanto se tenha em perspectiva que a via judicial também possa proporcionar espaços potencialmente adequados para que a dimensão da complexidade do conflito coletivo seja devidamente elucidada – notadamente por meio da realização de audiências públicas e sucessivas audiências de tentativas de conciliação – a ênfase na fase extrajudicial ora proposta decorre justamente das vantagens da flexibilidade procedimental demonstrada, da abertura de todos os caminhos de diálogo e comunicação por ela oportunizados e da possibilidade de resolução mais rápida e eficaz do conflito.

Especificamente no que se refere ao tempo de resolução do conflito judicializado, cumpre-se registrar os números mais recentes diagnosticados pelo Conselho Nacional de Justiça em relação ao tempo médio de duração dos processos de conhecimento e execução na primeira instância das justiças estadual e federal. O recorte da análise quanto a essas duas instâncias se deve ao fato de que é onde tramitam, em primeiro grau de jurisdição, as ações coletivas que versam sobre a implementação de políticas públicas, a depender do ente estatal que figure no polo passivo, conforme regras de competência previstas na Constituição da República de 1988<sup>528</sup> e na Constituição dos respectivos estados<sup>529</sup>.

Assim, conforme as informações constantes do relatório mais recente da Justiça em números (ano-base 2016), periodicamente publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, o

---

intervention altogether”. (REBELL, Michael; HUGHES, Robert. Schools, communities, and the courts: a dialogic approach to education reform. *Yale Law & Policy Review*, n. 99, p. 99-168, 1996, p. 113).

<sup>528</sup> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

<sup>529</sup> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

tempo médio de duração dos processos pendentes no primeiro grau da justiça estadual é de 5 anos e 4 meses na fase de conhecimento e 7 anos e 5 meses na fase de execução, ao passo que na justiça federal o tempo médio é de 4 anos e 6 meses na fase de conhecimento e 7 anos e 6 meses na fase de execução. Nos tribunais de segundo grau, o tempo médio de duração dos processos pendentes nos tribunais de justiça é de 2 anos e 6 meses e nos tribunais regionais federais é de 3 anos e 1 mês<sup>530</sup>.

Das considerações finais do aludido relatório, constam as seguintes observações em relação aos índices de resolução consensual, por meio da conciliação:

Observou-se em 2016 que, apesar de o novo código de processo civil tornar obrigatória a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação, a resolução de casos por meio de conciliação ainda apresenta desempenho tímido, sendo que das 30,7 milhões de sentenças e decisões terminativas, apenas 11,9% foram homologatórias de acordo - crescimento de menos de 1 ponto percentual em relação ao ano de 2015. Os índices de conciliação aumentam um pouco quando se observa apenas a fase de conhecimento do primeiro grau de jurisdição: 17,4% no juízo comum e 16,0% nos juizados especiais. A Justiça do Trabalho é a que mais conciliou, com índice de 39,7%<sup>531</sup>.

Dessa forma, conquanto a conciliação se revele o meio mais ágil para o encerramento do litígio judicializado, verifica-se que apenas a menor parte das ações se encerra mediante sentenças homologatórias de acordo.

Em relação ao principal entrave à eficiência do Poder Judiciário, o mencionado relatório ainda concluiu, considerando os dados de todas as justiças (comum e especializadas):

A análise do tempo médio de tramitação aponta onde está a morosidade da Justiça: na fase de execução. O tempo médio das sentenças de 1º grau proferidas em 2016, na fase de execução, foi de quatro anos e seis meses. Já as sentenças na fase de conhecimento levaram uma média de um ano e quatro meses da autuação ao julgamento de mérito, o que representa mais de três anos de diferença entre as fases<sup>532</sup>.

Cumpr-se destacar, neste ponto, que, conforme demonstrado no item 3.1 da pesquisa, em se tratando do trâmite de ações coletivas que versem sobre conflitos de interesse público, a fase que se revela ainda mais complexa é a de execução ou cumprimento de

---

<sup>530</sup> Relatório Justiça em números 2017, Conselho Nacional de Justiça, p. 129-130. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 20 set. 2017.

<sup>531</sup> Relatório Justiça em números 2017, Conselho Nacional de Justiça, p. 180-181. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 20 set. 2017.

<sup>532</sup> Relatório Justiça em números 2017, Conselho Nacional de Justiça, p. 181. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 20 set. 2017.

sentença, o que se reflete, naturalmente, no tempo de sua conclusão, que tende a ser proporcionalmente maior em relação às ações individuais comuns.

Além das dificuldades inerentes ao tempo de tramitação das ações, há que se atentar ainda para o fator denominado por Leonardo Avritzer de “colonização do Poder Judiciário”, tendo em vista a maciça presença do Estado e de atores macroeconômicos como protagonistas e usuários do sistema de justiça brasileiro, notadamente como parte em ações individuais pulverizadas, que não contribuem para proporcionar um uso mais cidadão da organização judiciária e indicam a persistência de uma lógica organizada em torno do binômio civil-contratual ou criminal-controle social<sup>533</sup>.

A constatação da presença dos maiores litigantes do Poder Judiciário brasileiro também se encontra refletida em estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça intitulado “100 maiores litigantes”, o qual apontou a predominância dos bancos, empresas de telefonia e entidades dos setores públicos federal, estadual e municipal como maiores usuários do serviço público de prestação jurisdicional<sup>534</sup>.

Acrescente-se, ainda, que as dificuldades atualmente enfrentadas pelo Poder Judiciário brasileiro em proporcionar aos cidadãos efetivo acesso à justiça – aqui compreendida a expressão em seu aspecto material correspondente à concreta realização de direitos<sup>535</sup> – têm sido objeto de inúmeros estudos especialmente dedicados ao tema<sup>536</sup>, os quais invariavelmente concluem, dentre outras medidas, pela necessidade de maior difusão e aperfeiçoamento dos meios “alternativos” de resolução de conflitos ou, conforme nomenclatura adotada nesta pesquisa, dos meios adequados de resolução de conflitos.

## 5.2 A construção de consensos por meio do processo coletivo extrajudicial

---

<sup>533</sup> AVRITZER, Leonardo. *Para uma nova cartografia da justiça no Brasil*. Universidade Federal de Minas Gerais. Observatório da justiça brasileira. Secretaria de Reforma do Judiciário, Belo Horizonte, 2011, p. 94-95.

<sup>534</sup> Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Brasília, março de 2011, p. 14. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2017.

<sup>535</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice*. The worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan: A. Giuffrè, 1978, p. 185.

<sup>536</sup> Citam-se, exemplificativamente: SÁ, Paula Costa e. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternativas e complementaridade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 158, 2008; BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2; GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 14, jul./set. 2007; WATANABE, Kazuo. *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. v. 22; MANCUSO, A resolução dos conflitos..., 2009.



Quando se analisa o direito positivo brasileiro sob a perspectiva de busca de parâmetros de atuação para a fase que antecede a propositura de ações coletivas, verifica-se que um dos poucos dispositivos encontrados refere-se à previsão de instauração de inquérito civil, pelo Ministério Público, para instruir a inicial ou, caso não haja fundamento para a propositura da ação, para que seja promovido o seu arquivamento (arts. 8º e 9º da LACP)<sup>537</sup>.

Com a entrada em vigor do CPC/15, foi expressamente atribuída ao Estado a responsabilidade de promover, sempre que possível, a resolução consensual dos conflitos. Além disso, previu-se que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deveriam ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial<sup>538</sup>.

Nesse contexto, a proposta apresentada nesta pesquisa pretende demonstrar como se pode dar concretude à estratégia de resolução prioritária de conflitos coletivos de interesse público, não obstante a insuficiência de parâmetros normativos, em âmbito nacional<sup>539</sup>, que forneçam diretrizes específicas de como enfrentar esse desafio.

Assim, a busca por experiências de direito comparado, notadamente no campo de *public conflict resolution* do direito norte-americano, revelou-se de crucial importância para o desenvolvimento da pesquisa, haja vista o estágio avançado alcançado pelas discussões doutrinárias naquele país no que se refere aos meios consensuais de resolução de conflitos coletivos de interesse público ou que envolvem políticas públicas. Para tanto, elegeu-se o método de construção de consenso desenvolvido inicialmente por Lawrence Susskind e Jeffrey Cruikshank como parâmetro procedimental para a propositura de um *processo coletivo extrajudicial* adequado ao ordenamento jurídico brasileiro e suas respectivas instituições.

O tratamento da via consensual de resolução de conflitos sob o viés da processualidade tem implicações importantes. De fato, estabelece-se assim a associação da via consensual com a ideia de método e a consequente concatenação lógica e ordenada de atos e

---

<sup>537</sup> LACP: Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. (...) Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

<sup>538</sup> CPC/15: Art. 3º § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

<sup>539</sup> No âmbito do estado de Minas Gerais, iniciativas inovadoras, adotadas no sentido de fornecer parâmetros institucionais para a resolução consensual de conflitos coletivos, vêm sendo apresentadas pelo Ministério Público estadual, conforme será exposto no item 5.3.1.

atividades desenvolvidos para se alcançar o objetivo final almejado, que se traduz em um ato decisório, de natureza consensual. Além disso, a concepção de processo possui incidível relação com o princípio do devido processo legal, o qual implica a utilização de instrumento respaldado pela ordem jurídica e a garantia do exercício do contraditório, da amplitude e plenitude de argumentação e do tratamento isonômico. Frise-se, ainda, que a perspectiva processual, com os princípios que lhe são inerentes (art. 5º, LV e LVI, da CR/88), é a que legitima a resolução de conflitos, seja pela via da adjudicação ou pela via consensual, no Estado Democrático de Direito.

Impõe-se ressaltar, outrossim, que a flexibilidade procedimental inerente ao processo coletivo extrajudicial, além de não descaracterizar a sua natureza processual, contribui para a adequação do método à natureza do conflito. Afinal, essa abertura para a flexibilidade procedimental, sob a ótica do direito positivo brasileiro, é verificada, inclusive, no curso do processo judicial. Com efeito, o CPC/2015 estabeleceu, em seu art. 190, a possibilidade de que as partes capazes possam estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o curso do processo judicial<sup>540</sup>.

À vista dessa mesma flexibilidade procedimental, não há qualquer óbice para que as contribuições da doutrina norte-americana, mencionadas no item 4.3, desenvolvidas a partir de décadas de prática voltada à resolução consensual de conflitos de interesse público, sejam utilizadas como orientação para a condução de processos coletivos extrajudiciais no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, sem prejuízo da confluência de particularidades inerentes à cultura, à sociedade e às instituições nacionais. Obviamente que a inspiração extraída das práticas consolidadas norte-americanas, adotadas como parâmetro de atuação nesta pesquisa, não exclui a possibilidade de incorporação de métodos de construção de consensos adotados em outros países<sup>541</sup>.

De fato, a definição da estratégia procedimental, a depender da habilidade do mediador ou facilitador do processo, pode ser enriquecida com inúmeras contribuições afetas ao largo campo de resolução de conflitos, sobretudo as de caráter multi e interdisciplinar. Não

---

<sup>540</sup> Dispõe o art. 190, caput, do CPC/2015: Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

<sup>541</sup> A propósito de experiências de construção de consensos realizadas em outros países, vide: JÜNGER, Saskia *et al.* Consensus building in palliative care: a Europe-wide delphi study on common understandings and conceptual differences. *Journal of Pain and Symptom Management*. v. 44, n. 2, p. 192-204, august 2012; ZAMIR, Ronit. Can mediation enable the empowerment of disadvantaged groups? A narrative analysis of consensus-building in Israel. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 16, p. 193-257, Spring 2011.

se pretende, assim, apresentar a moldura de um processo delimitado por lições extraídas de práticas estrangeiras, mas descortinar as possibilidades de sua aplicação, com as adaptações necessárias, às espécies de conflitos coletivos corriqueiramente enfrentados por operadores do direito, administradores públicos, organizações, grupos, comunidades e cidadãos brasileiros. Dessa forma, no item seguinte, busca-se demonstrar os possíveis horizontes de atuação de algumas instituições públicas e organizações da sociedade civil no processo coletivo extrajudicial.

No que diz respeito ao modo de formalização do acordo, conquanto não se revele uma medida impositiva a sua transformação em título executivo, o ordenamento jurídico brasileiro enseja a possibilidade de que o documento escrito resultante do consenso, em caso de ser referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados das partes ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal, consubstancie-se em título executivo extrajudicial, conforme previsão do art. 784, IV, do CPC/15<sup>542</sup>; ou, também, que seja formalizado por meio de um termo de compromisso de ajustamento de conduta, conforme previsão do art. 5º, §6º, da LACP/85<sup>543</sup>, caso as instituições legitimadas a celebrá-lo façam parte do processo; ou, ainda, que seja submetido à homologação judicial, nos termos do art. 515, III<sup>544</sup>, do CPC/15, tornando-se um título executivo judicial.

Destaque-se, contudo, conforme já ressaltado em outras passagens desta pesquisa, que todo o processo coletivo extrajudicial deve ser conduzido com as cautelas necessárias para que o consenso obtido seja espontânea e efetivamente exequível, e que sejam realisticamente definidas as formas de acompanhamento da sua implementação. Com efeito, não se pode olvidar que o cumprimento forçado de obrigações de fazer, em se tratando de acordos que contemplem a realização de políticas públicas de repercussão coletiva pelo Poder Público, comumente implica extremas dificuldades práticas e, em alguns casos, a própria

---

<sup>542</sup> Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...) IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

<sup>543</sup> Art. 5º, § 6º, da LACP/85: Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

<sup>544</sup> Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

inviabilidade de concretização do conteúdo específico da obrigação ajustada, não obstante as possibilidades de responsabilização pessoal do gestor omissor<sup>545</sup>.

Ademais, não obstante o ordenamento jurídico brasileiro contemple a possibilidade de que acordos entabulados nas vias judicial<sup>546</sup> e extrajudicial<sup>547</sup> se transformem em títulos executivos, fato é que, quando se consideram consensos produzidos por meio de tratativas bem conduzidas, adequadamente informadas, transparentes e dialógicas – inclusive com a presença de agentes públicos que têm deveres funcionais de probidade, lealdade e boa-fé a cumprir em todos os atos que praticam – a razoável expectativa é a de que haja o cumprimento voluntário das obrigações assumidas. Aliás, conforme observa Antônio Gidi, os operadores do direito, principalmente os advogados e as partes, precisam parar de ver o

---

<sup>545</sup> A propósito da possibilidade de responsabilização do gestor público pelo descumprimento de ordem judicial que determina obrigação de fazer ao ente público, citam-se os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - RESPONSABILIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA - DESCUMPRIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA - MAJORAÇÃO DA MULTA DIÁRIA - POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTA EM FACE DOS ENTES PÚBLICOS E DA RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DOS GESTORES PÚBLICOS - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - LIMITAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Na imposição da obrigação de fazer, a cominação de penalidade não é só possível como necessária, em face da urgência e da imprescindibilidade da obrigação. 2. Considerando que a multa diária é um meio coercitivo para fazer o ente público cumprir a obrigação, é razoável que se dirija ao seu próprio representante, priorizando-se, assim, a efetividade da tutela jurisdicional. 3. Evidenciado o excesso no valor da penalidade aplicada, impõe-se a respectiva redução, haja vista que o arbitramento do valor da multa deve ser orientado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para que se evite a apenação desmesurada. 4. Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento-Cv: 1.0317.15.009988-3/001, Relator (a): Des.(a) Corrêa Junior, Data de julgamento: 30/01/2018, Data da publicação da súmula: 09/02/2018).

DIREITO CONSTITUCIONAL - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - PREVISÃO CONSTITUCIONAL - DIREITO FUNDAMENTAL - MULTA DIÁRIA - RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO - RECURSO DESPROVIDO. - Havendo preceito constitucional que assegura ao cidadão o direito de receber do Poder Público assistência gratuita à saúde, comprovada a existência - por documento do médico que atende ao paciente - de mal grave, mostra-se razoável e sustentável a decisão que concede a antecipação de tutela. - No caso de atraso no cumprimento da ordem, deve a pessoa natural do Administrador Público ser responsabilizada, como forma de enfatizar o caráter coercitivo da multa diária. Assim, na espécie, a multa deve ser paga pela pessoa do Secretário Estadual de Saúde, responsável pelo cumprimento da ordem. (Agravo de Instrumento Cv 1.0003.13.003635-7/001, Relator(a): Des.(a) Moreira Diniz, Data de julgamento: 13/03/2014, Data da publicação da súmula: 19/03/2014)

<sup>546</sup> CPC/15: Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;

<sup>547</sup> CPC/15: Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...) IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

LACP/85: Art. 5º, §6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

processo como um jogo e têm que amadurecer a perspectiva quanto à realização de acordos e ao cumprimento voluntário do direito<sup>548</sup>.

Caso se cogite sobre a possibilidade ou a necessidade de realização de eventual controle externo – notadamente judicial – sobre o conteúdo do acordo resultante do processo coletivo extrajudicial, algumas considerações revelam-se necessárias, valendo-se, sobretudo, de experiências extraídas do direito comparado.

Quando se têm em vista os acordos firmados no âmbito das *class actions* do direito norte-americano, verifica-se que a *Rule 23 (e)*<sup>549</sup> exige que o acordo seja aprovado pelo Poder Judiciário antes que tenha efeito *erga omnes* e vincule todos os membros ausentes<sup>550</sup>, ocasião em que o juiz, como guardião dos interesses do grupo, deverá verificar se os termos do acordo são adequados aos interesses dos membros ausentes<sup>551</sup> e não prejudicam os seus direitos e interesses<sup>552</sup>. Se considerado adequado pelo juiz, o grupo será vinculado pelos termos desse acordo como se cada um dos membros do grupo houvesse pessoalmente entrado em direta negociação com o réu e assinado o acordo<sup>553</sup>. Segundo a visão de Antônio Gidi, a necessidade de prévia aprovação judicial dos termos do acordo é, em última análise, uma exigência decorrente do requisito da representação adequada e, conseqüentemente, do devido processo legal<sup>554</sup>.

O parâmetro fornecido pela *Federal Rule 23* para que o juiz realize o controle da adequação do acordo está previsto em seu item (e) (2)<sup>555</sup>. Nos termos da aludida regra, o juiz somente poderá aprovar a proposta de acordo caso a considere justa, razoável e adequada. Trata-se, segundo a percuciente observação de Gidi, de um critério tautológico e que pouco

---

<sup>548</sup> GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 225.

<sup>549</sup> *Rule 23 (e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise*. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. (Tradução livre: Regra 23 (e) Acordo, desistência voluntária ou transação. As demandas, questões ou defesas de uma classe certificada podem ser objeto de acordo, desistência ou transação apenas com a aprovação do juiz).

<sup>550</sup> A *Rule 23(e) (1)* prevê que, antes de aprovar uma proposta de acordo, o juiz deve endereçar uma notificação de uma maneira razoável para todos os membros da classe que ficarão vinculados à proposta de acordo apresentada. (*Rule 23(e) (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal*).

<sup>551</sup> Os membros ausentes são os interessados que não participam diretamente do processo, mas integram o grupo representado pelo autor da ação.

<sup>552</sup> GIDI, *A class action...*, 2007, p. 318-319.

<sup>553</sup> GIDI, *A class action...*, 2007, p. 319.

<sup>554</sup> GIDI, *A class action...*, 2007, p. 319-320.

<sup>555</sup> *Rule 23 (e)(2)* If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate. (Tradução livre: Regra 23 (e)(2) Se a proposta de acordo for vincular os membros da classe, o juiz somente deve aprová-la após uma audiência e caso considerar a proposta justa, razoável e adequada).

ajuda o intérprete ou o aplicador do direito<sup>556</sup>. Assim, na prática, critérios mais concretos foram sendo moldados pela jurisprudência. Nesse contexto, afirma Gidi:

A jurisprudência, de forma pouco sistemática e sempre em função das peculiaridades do caso em questão, foi aos poucos criando um arsenal de elementos que devem ser analisados pelo juiz, ao considerar a aprovação de uma proposta de acordo (*proposed settlement*). Assim, se aplicável ao caso, o juiz deverá levar em consideração, entre outras coisas: a) a complexidade, o custo e a duração do processo coletivo; b) a impossibilidade de a parte contrária oferecer uma melhor proposta sem comprometer a sua higidez financeira; c) a reação do grupo à proposta de acordo, incluindo o número de membros que se opuseram ao acordo ou se excluíram do grupo; d) a forma e o conteúdo da notificação dada; (...) h) o número de membros contrários à proposta e os motivos dessas objeções; i) os benefícios e as vantagens oferecidas para o grupo; j) a competência e a experiência do advogado do grupo; k) a igualdade de armas e a boa-fé do processo de negociação; l) a eventual renúncia de direitos de alguns membros ausentes ou membros futuros; m) a existência de conflitos de interesse entre subgrupos e a forma como eles foram enfrentados no acordo; n) a existência de indevidos benefícios para os representantes ou para alguns subgrupos em detrimento de outros; o) a importância, para o grupo, de uma rápida solução para a controvérsia; p) se os advogados tinham poderes para negociar em nome do grupo; q) a opinião dos advogados e dos representantes do grupo; r) a ausência de colusão ou fraude; s) a probabilidade de vitória do grupo; t) a eventual previsão de um *right do opt out*, para os membros insatisfeitos com o acordo; u) se há prejuízo para terceiros; v) a maturidade do litígio, refletida, entre outras coisas, na qualidade de provas obtidas através da investigação (*discovery*) já efetuada, permitindo às partes uma negociação racional e bem informada; x) a dificuldade de estabelecer a responsabilidade do réu ou de provar os danos sofridos<sup>557</sup>.

Entretanto, na prática, Gidi afirma que a multiplicidade de critérios que devem ser analisados pelo juiz faz com que seja extremamente difícil estabelecer uma norma geral ou mesmo controlar a decisão que aprova ou reprovava uma proposta de acordo<sup>558</sup>. Além disso, Howard Downs observa que o juiz, ao decidir pela aprovação de uma proposta de acordo, baseia-se prioritariamente nos argumentos e recomendações dos advogados das partes, o que faz com que sejam, de fato, delegados a esses profissionais os poderes atribuídos ao juiz, pela *Rule 23 (e)(2)*, de defender os interesses dos membros ausentes da classe<sup>559</sup>.

Essa breve incursão à legislação e à prática norte-americanas relativas ao controle e à aprovação exercidos pelo juiz sobre os termos das propostas de acordo apresentadas pelas partes, no curso de uma *class action*, tem o objetivo de embasar a realização de um contraponto quanto a eventual necessidade de controle, *a posteriori*, de uma decisão baseada em um processo coletivo extrajudicial de construção de consenso. Com efeito, entende-se que

<sup>556</sup> GIDI, *A class action...*, 2007, p. 320.

<sup>557</sup> GIDI, *A class action...*, 2007, p. 321-322.

<sup>558</sup> GIDI, *A class action...*, 2007, p. 322.

<sup>559</sup> DOWNS, Howard. Federal class actions: diminished protection for the class and the case for reform. *Nebraska Law Review*, v. 73, p. 646-711, 1994, p. 689-690.

tal controle externo, para além daquele já exercido reciprocamente pelos próprios atores do processo coletivo extrajudicial, revela-se desnecessário, não obstante possa ser voluntariamente buscado pelas partes a fim de que obtenham um título executivo judicial<sup>560</sup>.

De fato, as características inerentes ao desenvolvimento do processo coletivo extrajudicial – notadamente as que se referem à multiplicidade de participantes, à troca de informações, à presença de um facilitador ou mediador, a presença de representantes públicos e privados, ao debate qualificado e bem informado – tornam desnecessárias a interveniência legitimadora de qualquer terceiro que não tenha, efetivamente, participado do processo. Em verdade, o controle exercido é recíproco e concomitante e, caso alguma das partes do conflito vislumbre que tal mecanismo não tenha sido possível, sequer o consenso também o será. Afinal, o alcance do consenso pressupõe a conquista de certo grau de confiança em relação à postura e ao compromisso assumido pelas partes, de modo que, caso essa confiança não seja minimamente construída por meio da argumentação bem conduzida, tampouco será obtido um acordo aceitável por todos.

Por tais motivos, revela-se desnecessário, para o reconhecimento da validade do acordo, do exercício de qualquer controle por parte de uma autoridade externa que dele não tenha participado. Obviamente, as possibilidades de questionamento por quem não tenha participado do acordo serão tão mais reduzidas quanto forem as precauções e cautelas do mediador e do facilitador, bem como dos demais participantes, em assegurar a fiel representatividade de todos os interesses envolvidos à mesa.

Assim, conquanto possa ser buscada eventual homologação judicial do acordo firmado, conforme expressamente o autoriza o artigo 515, III, do CPC/15, tal formalidade não se consubstancia em requisito extrínseco de validade do ato.

Ademais, conforme se explanou acima, no ordenamento jurídico norte-americano, em que a legislação atribui amplos poderes discricionários ao juiz para avaliar a validade de um acordo entabulado no curso de uma *class action*, tem-se que, na prática, tal poder é delegado às próprias partes e seus advogados, haja vista a impossibilidade fática de que o juiz venha a conhecer os meandros do conflito tanto quanto aqueles que de fato o vivenciam.

Dessa forma, conclui-se que a decisão consensual obtida ao cabo do processo coletivo extrajudicial prescinde de uma análise judicial para a sua validade intrínseca ou extrínseca. Afinal, trata-se, efetivamente, de um processo *extrajudicial*. Ainda que o consenso

---

<sup>560</sup> CPC/15: Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

não seja obtido, tal circunstância não desnatura o processo, apenas inviabiliza que ele seja encerrado por meio de acordo. Da mesma forma, um processo judicial que tenha sido extinto sem resolução de mérito não perde a sua natureza processual em decorrência desse fator superveniente.

Por fim, cumpre-se tratar sobre eventual necessidade de norma regulamentadora para a condução de processos coletivos extrajudiciais.

Registre-se, de início, que, quanto aos métodos de conciliação e mediação a que se refere a Resolução nº 125/10 do CNJ, foi estabelecido um Código de Ética<sup>561</sup> destinado aos conciliadores e mediadores judiciais, o qual contempla os princípios e responsabilidades aplicáveis à atuação desses profissionais e as regras que devem reger os procedimentos. No que se refere à disciplina das regras, verifica-se que se consubstancia em dispositivos bastante amplos que impõem normas de condutas aos conciliadores e mediadores relativas à informação, autonomia da vontade, ausência de obrigação de resultado, desvinculação da profissão de origem e compreensão quanto à conciliação e à mediação. Assim, não há, de fato, normas que regulamentam como o procedimento deve ocorrer, mas apenas que estabelecem diretrizes gerais para a sua condução. Com efeito, prevê o art. 166, §4º, do CPC/15 que “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”.

Extrai-se, portanto, que é da natureza dos meios consensuais de resolução de conflitos a sua flexibilidade procedimental, justamente para proporcionar maior adequação às características do conflito. Assim, não devem ser impostas regras estanques para a sua condução, sob pena de comprometimento dos resultados.

Todavia, tem-se como desejável, sobretudo nas instituições públicas que optem por adotar os processos consensuais como parte de uma política institucional de resolução de conflitos, que sejam estabelecidas diretrizes para a atuação dos seus membros em procedimentos dessa natureza, em especial quando desempenharem o papel de mediadores ou facilitadores, conforme se explicitará a seguir.

### **5.3 O papel das instituições públicas e organizações da sociedade civil que exercem o controle de políticas públicas no Brasil e suas respectivas possibilidades de atuação**

---

<sup>561</sup> O mencionado Código de Ética consta do Anexo III da Resolução nº 125/10, que foi incluído por meio da Emenda nº 2/16.



Considerando que o meio adequado de resolução de conflitos coletivos de interesse público apontado na presente pesquisa concentra-se na via extrajudicial, conforme demonstrado no item anterior, cumpre-se então identificar quais instituições públicas ou organizações da sociedade civil, no ordenamento jurídico brasileiro, mostram-se aptas, sob o ponto de vista do preparo técnico e da legitimidade democrática que lhes é reconhecida, para participar do processo de construção de consenso ora apresentado, notadamente no exercício de funções mediadoras ou facilitadoras.

De fato, a adoção de meios adequados de resolução de conflitos não pode perder de vista o contexto social, econômico, político, cultural e institucional<sup>562</sup> no qual o processo se insere, sob pena de se privilegiar muito mais os “acordos”<sup>563</sup> do que propriamente os resultados que eles produzem no meio social<sup>564</sup>. Ademais, cumpre-se reconhecer que os métodos de resolução de conflitos, em todas as suas formas, não são totalmente neutros, haja vista que são desenhados e implementados por partes, instituições ou até mesmo por governantes com propósitos bem definidos, de forma que sempre haverá o perigo de que

---

<sup>562</sup> A respeito de iniciativas institucionais voltadas para a resolução consensual de conflitos, destaca-se a denominada “Semana Nacional da Conciliação”, anualmente promovida pelo Conselho Nacional de Justiça para incentivar a celebração de acordos em ações judiciais em curso. Conquanto seja louvável a adoção de práticas que incentivem a cultura autocompositiva, é preciso ter a cautela para que iniciativas como essa não se traduzam, nos tribunais, como uma prática que se reflita em mera concentração de audiências, em curto intervalo de tempo, para se alcançar números e rankings formais de acordo.

<sup>563</sup> Em crítico artigo que problematiza a prática indiscriminada de acordos nos Estados Unidos, intitulado “Contra o acordo” (Against Settlement), Owen Fiss assevera: “Eu não acredito que o acordo, como uma prática genérica, seja preferível ao julgamento pelo Poder Judiciário ou que deva ser institucionalizado em atacado ou de forma indiscriminada. Ao contrário, a prática deve ser tratada como uma forma altamente problemática de simplificar os serviços. O acordo é, para mim, a forma civil análoga ao *plea bargaining* (acordo criminal): o consentimento é comumente coagido; a barganha pode ser feita por alguém sem autoridade; a falta de uma ação judicial e de um julgamento pode acarretar uma intervenção judicial subsequente problemática; e, embora o acordo possa estar documentado, a justiça pode não ter sido feita. Assim como no *plea bargaining*, o acordo é a capitulação às condições da sociedade de massa e não deve ser nem encorajado nem elogiado” (tradução livre). (*I do not believe that settlement as a generic practice is preferable to judgment or should be institutionalized on a wholesale and indiscriminate basis. It should be treated instead as a highly problematic technique for streamlining dockets. Settlement is for me the civil analogue of plea bargaining: Consent is often coerced; the bargain may be struck by someone without authority; the absence of a trial and judgment renders subsequent judicial involvement troublesome; and although dockets are trimmed, justice may not be done. Like plea bargaining, settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither encouraged nor praised*). FISS, Owen. *Against settlement*. Yale law school. Faculty Scholarship Series: Paper 1215, 1984, p. 1075.

<sup>564</sup> Laura Nader é uma das autoras que, desde a década de 70, tem examinado em profundidade os possíveis efeitos da disseminação do que denomina de “ideologia da harmonia” em contraposição ao “excesso de litigância”. A autora busca denunciar que a ideia de que “o acordo é sempre melhor que a postura adversarial” pode se tornar um pretexto para a renúncia ou negligência em relação a direitos, notadamente de cidadãos e grupos mais vulneráveis e marginalizados, causando um estado de “harmonia coercitiva”. Assim, as críticas de natureza antropológica realizadas pela autora fornecem um importante parâmetro para se analisar se determinadas práticas estão sendo realizadas de fato em favor da solução de conflitos, ou, simplesmente, para reduzir casos acumulados que aguardam julgamento. A propósito, vide: NADER, Laura. *Controlling processes in the practice of law: hierarchy and pacification in the movement to re-form dispute ideology*. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 9, p. 1-25, 1993.

determinados processos sejam planejados para “controlar” aqueles que escolheriam litigar entre si<sup>565</sup>. Daí a importância de se identificar e eleger participantes que, tanto quanto possível, possam preservar a equalização de oportunidades de livre intervenção e de efetiva contribuição para a decisão final<sup>566</sup>.

Embora nas práticas de resolução consensual dessas espécies de conflitos, nos Estados Unidos, observe-se comumente a presença de um profissional mediador ou facilitador especialmente contratado e remunerado para atuar em determinado processo, identifica-se que, no Brasil, o texto constitucional traça o desenho de instituições públicas cujas atribuições compatibilizam-se com as atividades desempenhadas por profissionais privados nas práticas norte-americanas, sem prejuízo da adoção de algumas adaptações ou adequações institucionais que não prejudicam o alcance dos resultados almejados.

Em verdade, a possibilidade de atuação dos agentes públicos brasileiros como agentes mediadores ou facilitadores da construção de consensos apresenta, inclusive, algumas vantagens em relação à forma de atuação adotada nos Estados Unidos, desenvolvida eminentemente por atores privados. Com efeito, conforme observa Dukes, na prática norte-americana, o acesso às vias de negociação pode ser negado às partes interessadas seja porque elas não as conhecem ou porque são muito caras<sup>567</sup>. Além disso, a natureza informal de tais negociações pode carecer de autoridades que possam facilitar a obtenção do acordo – sobretudo no que concerne ao cumprimento de exigências legais – ou que tenham legitimidade para buscar a execução das decisões. Sob tais aspectos, as instituições brasileiras, por vocação constitucional e por dever funcional, podem garantir o acesso às vias de resolução consensual de conflitos que envolvem políticas públicas por cidadãos e comunidades que não possam arcar com os seus eventuais custos, bem como podem exercer o rigoroso controle do *devido processo legal extrajudicial* e, caso necessário, executar os acordos alcançados, conforme lhes faculta a lei<sup>568</sup>.

---

<sup>565</sup> MENKEL-MEADOW, Mothers and fathers..., 2000, p. 11.

<sup>566</sup> Em artigo focado na área ambiental, mas extensível a outras espécies de conflitos, Douglas Amy alerta para a possibilidade de que as partes sejam cooptadas por mediadores que porventura sejam financiados por grupos de interesses específicos. Embora tal postura se revele antiética, há de fato o risco de que a referida cooptação possa ocorrer. (AMY, Douglas. The politics of environmental mediation. *Ecology Law Quarterly*, v. 11, n. 1, 1983, p. 3-4).

<sup>567</sup> DUKES, *Resolving public conflict...*, 2006, p. 98.

<sup>568</sup> Art. 5º, §6º, da Lei nº 7.437/85: Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Sobre o potencial que as adaptações institucionais têm para fomentar a participação inclusiva de cidadãos nos processos decisórios estatais, cumpre-se registrar a percuciente observação de Mangabeira Unger:

O nível de participação popular na política não é um destino cultural ilusório e inflexível, refletindo sumariamente a história de um povo. Como tudo o mais na sociedade, permanece, em grande medida, o produto de arranjos específicos sobre os quais, uma vez estabelecidos, continua a depender. O fracasso em pressionar, ou mesmo imaginar, arranjos alternativos faz com que o resultante acesso à política pareça natural. No entanto, algumas mudanças institucionais relativamente modestas poderiam aumentar o engajamento popular em democracias que agora parecem desengajadas<sup>569</sup>.

Acrescente-se que, para além da legitimidade ativa reconhecida às associações pela legislação infraconstitucional (art. 5º, V, da Lei nº 7.347/85) para a propositura de ações coletivas que versem sobre direitos relacionados às suas finalidades institucionais, propõe-se uma ampliação procedimental, pela via extrajudicial, das possibilidades de participação da sociedade civil sobre as deliberações que afetam as políticas públicas. Dessa forma, consideram-se tanto os papéis que podem ser desempenhados pelas organizações personalizadas (associações e fundações) ou despersonalizadas (movimentos sociais).

Passa-se, assim, a explicitar as possibilidades de participação das instituições públicas e organizações sociais adiante detalhadas.

### **5.3.1 Ministério Público**

A Constituição da República de 1988 incumbiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, assegurando a seus membros a independência funcional e atribuindo-lhes a função de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados, além de promover, dentre outras medidas, o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e a outros interesses difusos e coletivos (artigos 127 e 129).

---

<sup>569</sup> “The level of popular participation in politics is not an elusive and unyielding cultural fate, summarily reflecting the history of a people. Like everything else in society, it remains, to a significant extent, the product of particular arrangements on which, once established, it continues to depend. The failure to press, or even to imagine, alternative arrangements makes the resulting approach to politics seem natural. However, a few relatively modest institutional changes would be likely to heighten popular engagement in democracies that now seem deenergized” (Tradução livre). UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy realized: the progressive alternative*. Nova Iorque: Verso, 1998, p. 219.

Em 1985, a Lei da Ação Civil Pública - LACP já atribuía ao órgão a legitimidade ativa para a propositura de ações que versassem sobre a defesa do meio ambiente, consumidor e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Posteriormente, no ano de 1990, o Código de Defesa do Consumidor ampliou as hipóteses de cabimento da ação civil pública para a proteção de quaisquer outros interesses difusos e coletivos.

O inquérito civil se consubstancia em principal instrumento pré-processual atribuído privativamente ao Ministério Público para a colheita de elementos de convicção que antecedem o ajuizamento da ação civil pública. Prevê o art. 9º da LACP que, se o órgão ministerial, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, deverá promover o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, de forma fundamentada, e depois submeter a decisão à revisão do respectivo Conselho Superior.

A possibilidade de busca por soluções consensuais, antes do ajuizamento da ação civil pública, foi incluída no art. 5º, §6º, da referida lei por meio do CDC, prevendo que os órgãos públicos legitimados poderiam tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial.

Assim, tradicionalmente e consoante expressa previsão legal, descortinam-se três soluções possíveis para o inquérito civil: o ajuizamento da ação civil pública, a celebração de compromisso de ajustamento de conduta ou o arquivamento. Entretanto, mais recentemente, nota-se o despertar institucional para as potencialidades desse instrumento como meio estratégico para a resolução consensual de conflitos pela via extrajudicial, para além da prática já consolidada de se tomar dos interessados o compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais.

Tal mudança de orientação institucional - inclusive consolidada e oficializada em âmbito nacional no documento intitulado “Carta de Brasília”<sup>570</sup>, destinado a orientar a atuação

---

<sup>570</sup> Constam das diretrizes estabelecidas pelo aludido documento: a) Adoção, pelos membros da Instituição, como agentes políticos, de postura proativa que valorize e priorize atuações preventivas, com antecipação de situações de crise, exigindo-se, para tanto: - clareza sobre o desenvolvimento das disputas que se travam na sociedade em torno dos objetos de intervenção do Ministério Público; - capacidade de articulação política, sobretudo no que tange à formação de alianças e identificação dos campos conflituosos; - autoridade para mediar demandas sociais (capacidade para o exercício de liderança a partir da força do melhor argumento em defesa da sociedade); - capacidade de diálogo e de consenso; - senso de oportunidade para o desencadeamento das intervenções que levem em consideração as situações de lesão ou de ameaças aos direitos fundamentais; b) Adoção de postura resolutiva amparada no compromisso com ganhos de efetividade na atuação institucional, exigindo-se, para tanto: - atuação atrelada à proteção e à efetivação dos direitos e das garantias fundamentais; - realização de pesquisas e investigações exaustivas sobre os fatos, em suas múltiplas dimensões e em sede procedimental, como base para a intervenção qualificada; - uso de

das Corregedorias Gerais do Ministério Público no âmbito da União e dos Estados - volta-se para a priorização da resolução extrajudicial de controvérsias mediante o estabelecimento de diretrizes estratégicas que viabilizem a afetiva capacitação e atuação dos membros de acordo com a nova orientação.

No âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, as inovações institucionais ora expostas encontram-se refletidas, exemplificativamente, na Resolução Conjunta elaborada pelo Estado de Minas Gerais e pela Procuradoria-Geral de Justiça nº 1, de 16 de setembro de 2015, que institui a Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos “destinada ao tratamento consensual, nos limites da lei e na estrita defesa do interesse público, de conflitos judiciais e extrajudiciais entre o Estado de Minas Gerais, por si ou por meio de sua Administração direta ou indireta, e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais” (art. 1º).

O referido espaço de resolução consensual de conflitos que repercutem em âmbito estadual consubstancia-se como resultado de significativo esforço institucional para tratar de forma conjunta, uniforme e sistêmica os problemas pulverizados em diversas promotorias de justiça, nos mais variados municípios e comarcas do estado<sup>571</sup>. Dessa forma, evita-se o ajuizamento de demandas judiciais que, a despeito de se contraporem aos efeitos da omissão ou insuficiência de políticas públicas estaduais em âmbito local, incidem, em verdade, sobre problemas conjunturais do estado.

---

mecanismos e instrumentos adequados às peculiaridades de cada situação que demande o exercício das atribuições constitucionais pelo Ministério Público; - escolha correta dos ambientes de negociação que facilitem a participação social e a construção da melhor decisão para a sociedade; - construção de consenso emancipador que valorize os direitos e as garantias constitucionais fundamentais; - utilização racional do mecanismo da judicialização nos casos em que a via não seja obrigatória e indispensável, devendo o membro analisar se realmente a judicialização é o caminho mais adequado e eficiente para o caso; (...) e) Utilização de mecanismos de resolução consensual, como a negociação, a mediação, a conciliação, as práticas restaurativas, as convenções processuais, os acordos de resultado, assim como outros métodos e mecanismos eficazes na resolução dos conflitos, controvérsias e problemas; (...) n) Esgotamento das alternativas de resolução extrajudicial dos conflitos, controvérsias e problemas, com o incremento da utilização dos instrumentos como a Recomendação, Termo de Ajustamento de Conduta, Projetos Sociais e adoção do arquivamento resolutivo sempre que essa medida for a mais adequada; (...) p) Priorizar a atuação em tutela coletiva, propondo ações individuais em situações absolutamente necessárias, sem prejuízo dos atendimentos individuais e encaminhamentos necessários; q) Avaliar se a atuação individual não desestabilizará as políticas públicas sobre a matéria (...). Carta de Brasília, setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/corregedoria/carta-de-brasilia>>. Acesso em: 24 set. 2017.

<sup>571</sup> Art. 2º Compete à Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos:

I - implementar medidas, inclusive preventivas, que permitam a redução da litigiosidade e dos conflitos envolvendo o Poder Público, notadamente os de natureza coletiva; II - realizar reuniões para o conhecimento, a discussão e a implementação de medidas destinadas à prevenção e à resolução de litígios, a fim de reduzir a judicialização em matérias de atribuição do Ministério Público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de compromisso, nos limites da lei e na estrita defesa do interesse público primário, para a resolução de conflitos, judiciais ou extrajudiciais, entre o Estado de Minas Gerais, por si ou por meio de sua Administração direta ou indireta, e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais; IV - estimular o diálogo para a solução consensual de conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, elaborando-se o pertinente termo de acordo judicial. Fonte: *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais* do dia 16/09/2015. Disponível em: <[www.iof.mg.gov.br](http://www.iof.mg.gov.br)>. Acesso em: 25 set. 2017.

Dentre os resultados alcançados pela Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos, cita-se o acordo firmado em 22 de julho de 2016 entre o Ministério Público do Estado de Minas Gerais e o Estado de Minas Gerais no sentido de garantir aos municípios mineiros o repasse de aproximadamente 360 milhões de reais em recursos estaduais e federais destinados à área da saúde que estavam em atraso. Convencionou-se que os pagamentos seriam iniciados na data de assinatura do documento, com previsão de regularização até o final do exercício do ano de 2016, de acordo com planilhas de detalhamentos dos programas e ações, blocos de gestão, assistência farmacêutica, vigilância, atenção básica e serviços de média e alta complexidade<sup>572</sup>.

Cita-se, ainda, como resultado das tratativas iniciadas na referida Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos, a Primeira Pactuação de Atos Preparatórios para a Expansão do Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo, assinado em 19 de junho de 2017 nos autos do Inquérito Civil nº 0024.15.014378-2, em que se convencionou a implantação de dezoito novas unidades destinadas à execução de medidas socioeducativas de internação no âmbito estadual, conforme cronograma de datas e distribuição de locais previstos no aludido documento<sup>573</sup>. Ressalta-se que os compromissos assumidos não foram formalizados por meio de termo de ajustamento de conduta, constando-se expressamente ao final do instrumento que as metas e prazos ali previstos poderiam ser repactuados a qualquer tempo, caso surjam dificuldades que não dependam exclusivamente do Poder Executivo estadual para serem superadas, a exemplo de atos e providências de responsabilidade de outros entes federativos.

Ainda no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, verifica-se que o órgão correcional também tem pautado o exercício de suas atribuições por meio do fomento a práticas que estimulem a criação e o fortalecimento de mecanismos e espaços de interação sistêmica entre a sociedade civil e o poder público<sup>574</sup>, estimulando que os órgãos de execução priorizem o diálogo com a população por meio do atendimento ao público, da participação e da realização de audiências públicas, de reuniões, encontros, fomento e apoio à articulação comunitária, parcerias com programas de extensão universitária, mediação entre poder público e sociedade civil, visitas de campo a locais em estado de vulnerabilidade social,

---

<sup>572</sup> Disponível em: <<http://www.cnpq.org.br/index.php/noticias-outros-mps/47-mpmg/6590-camara-de-prevencao-e-resolucao-de-conflitos-garante-repasse-de-recursos-a-saude>>. Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>573</sup> Disponível em: <<http://agenciaminas.mg.gov.br/noticia/governo-de-minas-gerais-e-mp-assinam-pacto-para-ampliar-vagas-para-adolescentes-em-conflito-com-a-lei>>. Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>574</sup> Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Corregedoria-Geral, Recomendação CGMP Nº 2, de 24 de julho de 2017, art. 1º. Disponível em: <<https://mpnormas.mpmg.mp.br/atosNormativos.php?pid=1&sid=1>>. Acesso em: 31 out. 2017.

conhecimento sobre redes de serviços, demandas sociais locais e regionais, priorizando, sempre que possível, a resolução consensual por intermédio da mediação ou de outros mecanismos de resolução pelo diálogo e pelo consenso mais adequados ao caso<sup>575</sup>. Previu-se, também, que os órgãos de execução devem buscar construir uma compreensão ampla e aprofundada das demandas sociais, sem perder de vista o pragmatismo capaz de sintetizar os problemas identificados e favorecer a construção de alternativas, de forma a garantir que os interesses de cada grupo sejam sustentados por seus reais representantes<sup>576</sup>. Contemplou-se, ainda, o entendimento de que o Ministério Público deve atuar como agente mediador da interlocução entre a sociedade civil e os poderes instituídos, agindo como ente facilitador das comunicações e como fiscal da ação estatal, de modo a evitar a reprodução de hierarquias que levam ao enfraquecimento dos demandantes quando em diálogo com autoridades e seus representantes<sup>577</sup>.

Nesse contexto, merecem registro, também, os enunciados aprovados por meio do documento intitulado “Carta de Belo Horizonte”<sup>578</sup>, de 27 de junho de 2017, que inspirou as orientações correcionais mencionadas anteriormente e contemplou diretrizes institucionais para a atuação do Ministério Público mineiro nos conflitos coletivos urbanos de repercussão social, prevendo, dentre outras ações: a realização da adequada escuta da comunidade diretamente afetada pela violação ou ameaça a seus direitos fundamentais; a realização de diagnósticos prévios e a adoção de estratégias conjuntas que privilegiem a participação da comunidade afetada e de todos os interessados, de forma a construir um consenso mínimo para orientar a atuação adequada da instituição; o tratamento do *inquérito civil* não apenas como mero instrumento destinado à viabilização do responsável ajuizamento da ação civil pública, mas como legítimo espaço destinado à *formalização de consensos adequados em âmbito extrajudicial*<sup>579</sup>.

---

<sup>575</sup> Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Corregedoria-Geral, Recomendação CGMP Nº 2, de 24 de julho de 2017, art. 2º.

<sup>576</sup> Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Corregedoria-Geral, Recomendação CGMP Nº 2, de 24 de julho de 2017, art. 3º, parágrafo único.

<sup>577</sup> Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Corregedoria-Geral, Recomendação CGMP Nº 2, de 24 de julho de 2017, art. 4º.

<sup>578</sup> Documento disponível em: <[https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-aprova-enunciados-sobre-atuacao-nos-conflitos-coletivos-urbanos-de-repercussao-social.htm#.Wx7ls\\_ldVPY](https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-aprova-enunciados-sobre-atuacao-nos-conflitos-coletivos-urbanos-de-repercussao-social.htm#.Wx7ls_ldVPY)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

<sup>579</sup> Merecem destaque, ainda, por sua estreita correlação com o papel institucional apresentado nesta pesquisa, os seguintes enunciados: (...)

10) Os órgãos de execução do Ministério Público, atuando como negociadores e/ou mediadores de conflitos coletivos, devem zelar para que todos os atores do processo possuam representantes efetivos que desfrutem de credibilidade junto às comunidades afetadas, com capacidade de interlocução com todos os demais interessados.

Em âmbito nacional, a Resolução nº 54 do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a política nacional de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro, previu que, sempre que possível, deverá ser priorizada a resolução extrajudicial do conflito, controvérsia ou situação de lesão ou ameaça a direito, especialmente quando essa via se mostrar capaz de viabilizar uma solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade<sup>580</sup>. Na aludida norma, ressaltou-se que a atuação pela via extrajudicial ou judicial somente pode ser considerada resolutiva quando a respectiva solução for efetivada, não bastando para esse fim apenas o acordo celebrado ou o provimento judicial favorável, ainda que transitado em julgado<sup>581</sup>.

Sobre esse perfil de atuação, Marcelo Pedroso Goulart esclarece:

O membro do Ministério Público deve ter claro que sua atuação não se limita ao processo, sob pena de total ineficácia social de seu trabalho. Os conflitos decorrentes da tutela desses interesses (coletivos e difusos) superam, evidentemente, os aspectos jurídico-processuais e a arena de luta não se restringe ao espaço físico dos tribunais. Os aspectos jurídicos, o andamento dos processos (judiciais) que têm por objeto tais questões e as decisões judiciais vão a reboque da batalha extra-autos que se trava no âmbito da sociedade civil e estão condicionados pelas relações sociais que articulam os interesses em jogo dos agentes coletivos. A correlação das forças sociais antagônicas é fator determinante do sucesso da empreitada jurídica. Esse sucesso depende, muitas vezes, de todo um trabalho, de um conjunto de medidas que não somente antecedem a instauração do processo judicial, mas vão além dele, uma vez instaurado. (...) O MP deve esgotar todas as possibilidades políticas e

---

11) Os órgãos de execução do Ministério Público, ainda que atuando como mediadores, tendo em vista o dever constitucional de fiscalização da ordem jurídica e de defesa do regime democrático (art. 127, caput, da CR/1988), devem zelar pelo interesse de todos os afetados, inclusive de terceiros não representados ou sub-representados. (...)

19) Os órgãos do Ministério Público devem zelar para que nos processos autocompositivos seja assegurada isonomia substancial de tratamento aos interessados, notadamente nas situações de desigualdade de poder, garantindo-se, inclusive, assessoria técnica e jurídica entre as partes interessadas. (...)

22) O diagnóstico do conflito coletivo que envolve órgãos públicos exige a identificação do histórico dos fatos e das diferentes perspectivas sobre o conflito e/ou controvérsia, com aferição de todas as informações relevantes disponíveis, sendo importante, sempre que possível e adequado, o estudo técnico e/ou pericial, com a análise das alternativas e expectativas de solução.

23) Os órgãos de execução do Ministério Público devem identificar e zelar pela representação adequada dos entes públicos e privados, de modo que esses entes possam funcionar como elo entre a mesa de negociações e o grupo ou órgãos que eles representam, garantindo-se que o representante possua disponibilidade para o diálogo, perfil resolutivo e aceitação do processo autocompositivo, sob pena de frustração dos objetivos da mediação/negociação.

24) Os órgãos de execução do Ministério Público devem identificar todos os atores e órgãos públicos envolvidos no conflito, convidando-os para a mesa de negociação/mediação, de maneira a conferir ao conflito e/ou controvérsia tratamento adequado, que consiga encampar todos os vértices do problema e das questões envolvidas, desde as suas causas até as mais razoáveis soluções a serem encontradas, de modo a abranger todos os afetados pela violação de direitos fundamentais, individuais homogêneos, coletivos ou difusos. (grifo nosso)

<sup>580</sup> Conselho Nacional do Ministério Público, Recomendação CNMP nº 54, de 28 de março de 2017, art. 1º, §2º.

<sup>581</sup> Conselho Nacional do Ministério Público, Recomendação CNMP nº 54, de 28 de março de 2017, art. 1º, §3º.



administrativas de resolução das questões que lhe são postas (soluções negociadas), utilizando esses procedimentos com o objetivo de sacramentar acordos e ajustar condutas, sempre no sentido de afirmar os valores democráticos e realizar na prática os direitos sociais. Para tal, deve (...) atuar integradamente e em rede nos mais diversos níveis – local, regional, estatal, comunitário e global –, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; (...) buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o Judiciário como espaço excepcional de atuação). Assim balizado, o Ministério Público estará apto a cumprir a função mediadora que o mundo contemporâneo requer (...) <sup>582</sup>.

Conclui-se, assim, que a evolução da forma de atuação institucional do Ministério Público brasileiro, fomentada e conduzida por seus próprios órgãos internos e externo de controle, segue ao encontro da posição propugnada, no contexto desta pesquisa, sobre a necessidade de formação de profissionais que assumam posições inovadoras e proativas diante de situações conflituosas, encontrando alternativas à corrente prática de propositura de ações civis públicas açodadas, que buscam provimentos judiciais inexecutáveis e que ignoram a real complexidade e dimensão dos conflitos que pretendem resolver.

### 5.3.2 Defensoria pública

A Defensoria Pública é reconhecida, pelo texto constitucional, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, sendo-lhe atribuída originariamente a missão institucional de orientação jurídica e defesa em juízo dos necessitados (art.134 da CR/88).

A partir da Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014, acresceu-se às atribuições do órgão a promoção dos direitos humanos e a defesa judicial e extrajudicial dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, nos termos do art. 5º, inciso LXXIV, da CR/88. Ressalve-se que, no âmbito da Defensoria Pública da União, a previsão de atuação extrajudicial já havia sido inserida como atividade prioritária por meio da Lei Complementar nº 132, de 2009 <sup>583</sup>.

A partir das referidas inovações, conferiu-se expressamente aos defensores públicos a atribuição de atuar independentemente da necessidade de provocação do órgão jurisdicional ou da prévia existência de ação judicial em trâmite, em cujo âmbito a sua

<sup>582</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. Função institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, v. 1, n. 1, p. 9-32, 2001, p.26-27 e 29-30.

<sup>583</sup> Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

atuação normalmente se circunscrevia antes da entrada em vigor das mencionadas alterações normativas. Assim, nesse recente estágio da evolução institucional, e diante da expressa previsão de atuação na seara extrajudicial inclusive no texto constitucional, impõe-se ao órgão o desenvolvimento de novas estratégias de desempenho de suas funções institucionais.

Na visão de Megale, Veloso e Vargas:

A Defensoria Pública, como instituição voltada para a concretização da justiça individual e social, ganha cada vez mais espaço na organização do Estado, com densificação visível de suas funções judiciais e extrajudiciais, abrindo caminhos confiáveis para acolher as diversidades em suas carências de hoje e do futuro. Com isso, quer-se afirmar como objeto próprio da Defensoria a ampliação do conceito de necessitado e, conseqüentemente, das funções de um órgão nascido sob as luzes de uma Constituição democrática. Imbuídos de espírito pacificador, pedagógico, afetivo e juridicamente curador, os defensores públicos são chamados a adotar, principalmente numa sociedade pluralista como a brasileira, atuação proativa em favor da magna distribuição de justiça, sem partidarismo, salvo o apreço pela desobstrução de fragilidades, que jamais permite abandonar o fraco à beira do caminho. Esse papel envolve o rompimento de barreira dificultadoras do reconhecimento das diferenças como sinal frutífero da desejável convivência social<sup>584</sup>.

Exemplo notável referente ao horizonte de atuação extrajudicial da Defensoria Pública pode ser verificado a partir das iniciativas adotadas pelo órgão de execução em exercício perante a Vara da Infância e Juventude da Comarca de Ribeirão das Neves, situada na região metropolitana de Belo Horizonte.

As varas especializadas nas causas que envolvem crianças e adolescentes são os órgãos jurisdicionais encarregados, por força do art. 148 da Lei nº 8.069/90 (ECA), de processar e julgar fatos que impliquem situação de risco pessoal, familiar ou social para a criança ou adolescente, bem como os atos que consubstanciam a prática de atos infracionais. No primeiro caso, incumbe à Justiça da Infância e Juventude a aplicação das medidas de proteção cabíveis; no segundo caso, aplicam-se as chamadas medidas socioeducativas, que podem consistir em advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semi-liberdade ou internação em estabelecimento educacional.

Não obstante a previsão de variadas medidas legais para assegurar a proteção ou a socioeducação de crianças e adolescentes, o profissional do direito que atua com a matéria

---

<sup>584</sup> MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva; VELOSO, Beatriz Aguiar Bovendorp; VARGAS, Cirilo Augusto. O papel da defensoria pública na superação do modelo adjudicatório de acesso à justiça no Brasil. In SENA, Adriana Goulart; ALVES, Lucélia de Sena. *Reflexões acerca do acesso à justiça pela via dos direitos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 71.

logo se apercebe que as medidas abstratamente previstas em lei são de pouca ou nenhuma valia caso as políticas públicas locais, especialmente voltadas para o público das crianças e adolescentes, não estejam estruturadas e preparadas para desempenhar as referidas funções de proteção ou de socioeducação.

Com efeito, de nada adiantarão os encaminhamentos previstos no art. 101<sup>585</sup> do ECA pela autoridade jurisdicional caso os serviços ali mencionados não estejam funcionando com adequação e efetividade. Da mesma forma, as medidas previstas no art. 112<sup>586</sup> jamais cumprirão seu papel socioeducativo se os órgãos encarregados de executá-las não tiverem uma clara compreensão de seu papel<sup>587</sup>.

Assim, os provimentos jurisdicionais das varas da infância e juventude dependem, em sua quase totalidade, do adequado funcionamento dos serviços públicos para que sejam executáveis. Ainda quando se cogita das ações de adoção, nas quais o novo vínculo jurídico parental é constituído por força de sentença judicial, não é possível prescindir do regular funcionamento da rede pública de assistência social e familiar para garantir o sucesso do fortalecimento do vínculo afetivo entre o adotando e os novos familiares. Afinal, a nova realidade registral de nada significará para a criança ou adolescente – pessoa em desenvolvimento físico, psicológico e emocional – se o provimento jurisdicional do qual a nova família formalmente surgiu não refletir a solidez de vínculos afetivos.

Sob esse enfoque, verifica-se que a prestação jurisdicional das varas da infância e juventude, ainda que a movimentação do acervo processual esteja absolutamente em dia e

---

<sup>585</sup> Art. 101 do ECA: Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta.

<sup>586</sup> Art. 112 do ECA: Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

<sup>587</sup> Em sua dissertação de mestrado, apresentada ao Programa de Pós-graduação em Psicologia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, intitulada *Responsabilização e Restauração no cenário das medidas socioeducativas: um diálogo entre a Justiça Restaurativa e Psicanálise*, Ana Terra Rosa Ferrari bem demonstra as complexidades inerentes ao contexto familiar e social do adolescente autor de ato infracional e expõe as dificuldades enfrentadas para alcançar a efetividade pretendida pelas medidas socioeducativas caso tais complexidades sejam desconsideradas pelo sistema de justiça e pelos demais atores encarregados de implementar as medidas aplicadas.

atenda a todas as metas previstas pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>588</sup>, não se traduzirá, para o seu público, em efetivo acesso à justiça se os serviços que lhe são indispensáveis, situados fora da estrutura do Poder Judiciário, não estiverem sendo efetivamente prestados<sup>589</sup>.

Tendo em perspectiva a importância do conhecimento das políticas públicas locais para o regular desempenho das funções da Vara da Infância e Juventude de Ribeirão das Neves, foi elaborado amplo diagnóstico, no ano de 2014, pelo Comissariado da Infância e Juventude da Comarca<sup>590</sup>, que identificou as inúmeras deficiências da rede de proteção às crianças e aos adolescentes do município. A partir desse documento, por iniciativa da Defensoria Pública e da juíza titular da Vara da Infância e Juventude da comarca, convocou-se audiência pública para que fossem apresentados os dados coletados e discutidas as possibilidades de enfrentamento e superação dos problemas identificados. A audiência pública foi realizada no dia 14 novembro de 2014, com a participação de diversos atores da rede de proteção à infância e juventude do município e de cidadãos locais<sup>591</sup>.

Na data da audiência pública, deliberou-se a criação de um fórum intersetorial, então coordenado pelo órgão de execução da Defensoria Pública que atuava perante a Vara da Infância e Juventude, objetivando-se reunir, mensalmente, autoridades e órgãos de proteção para discutir e fomentar a implementação de políticas públicas voltadas para a criança e o adolescente, fortalecendo a rede de atendimento do município de Ribeirão das Neves, em suas diversas áreas, notadamente nas ações relativas à assistência social, educação e saúde<sup>592</sup>.

Desde então, as reuniões passaram a ocorrer na última sexta-feira de cada mês, no salão do Tribunal do Júri da Comarca ou em outro local adequado, com auditório, que vier a ser previamente divulgado. Nessas ocasiões, os principais problemas relacionados às políticas

---

<sup>588</sup> Desde a sua criação, implantação e funcionamento, o Conselho Nacional de Justiça fixa, anualmente, as metas a serem alcançadas pelos órgãos do Poder Judiciário brasileiro com vistas a aprimorar a eficiência da prestação jurisdicional sob o ponto de vista quantitativo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

<sup>589</sup> Conforme observa Rodolfo de Camargo Mancuso, “os programas e estratégias que dentro nós vão sendo excogitados e implementados em termos de política judiciária, mostram-se focados na vertente *quantitativa* do problema, isto é, no volume excessivo de processos: ao aumento da demanda (mais processos) se intenta responder com o incessante crescimento da base física do Judiciário (mais fóruns, mais juízes, mais equipamentos de informática, enfim: mais custeio), sem que se dê conta de que tal estratégia muito se aproxima do *enxugar gelo*, a par de agravar a situação existente, na medida em que o *aumento da oferta acaba por retroalimentar a demanda*, disseminando junto à população a falácia de que toda e qualquer controvérsia pode e deve ser judicializada, quando, antes e superiormente, caberia expandir a informação quanto ao acesso a *outros meios*, auto e heterocompositivos”. MANCUSO, A resolução dos conflitos..., 2009, p. 13.

<sup>590</sup> Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/ejef/noticias/ribeirao-das-neves-apresenta-diagnostico-da-infancia-e-juventude.htm#.VZvX2\\_lDUu4](http://www.tjmg.jus.br/ejef/noticias/ribeirao-das-neves-apresenta-diagnostico-da-infancia-e-juventude.htm#.VZvX2_lDUu4)>. Acesso em: 25 jun. 2015.

<sup>591</sup> Disponível em: <<http://www.iof.mg.gov.br/index.php?/justica/justica/Vara-da-Infancia-de-Ribeirao-das-Neves-realiza-audiencia-publica.html>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

<sup>592</sup> Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/forum-em-ribeirao-das-neves-discute-direitos-do-menor-1.htm#.VZva5\\_lDUu4](http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/forum-em-ribeirao-das-neves-discute-direitos-do-menor-1.htm#.VZva5_lDUu4)>. Acesso em: 25 jun. 2015.

públicas que prejudicam o regular exercício dos direitos de crianças e adolescentes do município são amplamente debatidos com a rede socioassistencial e do sistema de justiça, notadamente com as secretarias municipais, Conselho Tutelar, equipamentos do sistema municipal de assistência social, Poder Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, comissários da infância e juventude, membros do Conselho Municipal de Defesa dos Direitos das Crianças e Adolescentes, coordenadores de instituições de acolhimento, representantes das polícias civil e militar, dentre outras autoridades e servidores que atuam nas políticas públicas correlatas.

A partir de tais discussões, são apresentadas, pelos presentes, propostas de soluções e encaminhamentos, a fim de que o fórum não se traduza em um espaço de mero levantamento de problemas. O principal objetivo é, de fato, a solução.

O papel da Defensoria Pública, no referido fórum intersetorial, tem sido fundamental no sentido de constituir um dos eixos agregadores da reunião, conferindo-lhe credibilidade e seriedade, bem como garantindo a regularidade dos encontros. As reuniões são cuidadosamente documentadas em atas e os seus resultados são acompanhados por planilhas de monitoramento, elaboradas e alimentadas por participantes voluntários. Com tais práticas de registro, é possível ter uma clara retrospectiva das questões já discutidas e de seus desdobramentos.

Entre a realização dos encontros mensais, verifica-se intensa comunicação e mobilização dos participantes para empreender as propostas e soluções acordadas, bem como para definir a pauta da reunião seguinte. Com efeito, a transparência democrática e a visibilidade dos problemas, ambas conferidas pelo fórum, tornam os atores ainda mais envolvidos e comprometidos com as questões levantadas.

Nesse contexto, a iniciativa da realização do fórum intersetorial revelou-se de singular importância para o incremento do efetivo acesso à justiça no município de Ribeirão das Neves. O diagnóstico a partir do qual o fórum foi formado bem identificou as causas históricas que levaram à precariedade da ocupação urbana do município e as conseqüentes vulnerabilidades sociais ocasionadas, evidenciando que a complexidade dos conflitos vividos pelos habitantes locais clama por soluções criativas, efetivas e colaborativas que vão além, e muito, das possibilidades dos provimentos jurisdicionais.

De fato, a partir do reconhecimento da magnitude dos problemas, ampliaram-se as possibilidades de suas soluções, concedendo-se valioso espaço para os caminhos do diálogo,

da mobilização, da participação e do incentivo à construção de consensos a partir de pontos de vista interdisciplinares<sup>593</sup>.

Em verdade, na área da infância e juventude, o provimento jurisdicional é, muitas vezes, a etapa mais simples a caminho da realização de determinado direito. Os maiores desafios residem no momento de concretizá-los e torná-los efetivos, por meio da ação incessante e continuada de profissionais das mais diversas áreas do conhecimento (psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, professores, terapeutas ocupacionais, profissionais da saúde, dentre outros).

Sob tais perspectivas, o mencionado Fórum dos Direitos das Crianças e Adolescentes da comarca de Ribeirão das Neves tem demonstrado, na forma de sua atuação, que os atores envolvidos, coordenados pelo órgão de execução da Defensoria Pública, compreenderam a complexidade dos desafios a serem superados e a possibilidade de construção conjunta de alternativas. Por meio da prática dialógica e democrática, além do empenho pessoal dos participantes, soluções são cogitadas, estratégias de implementação são traçadas e meios de execução são acordados. Discussão, decisão e execução, em um único espaço e para um público bem definido: crianças e adolescentes em situações de vulnerabilidade social e suas respectivas famílias.

### **5.3.3 Advocacia pública**

A Constituição da República de 1988 atribuiu à carreira da advocacia pública as atividades de consultoria e assessoria jurídica do Poder Executivo, mediante ingresso por meio de concurso público de provas e títulos (art. 131). Conquanto em juízo os membros da advocacia pública atuem verdadeiramente como partes, em defesa do ente público que representam, verifica-se que, no âmbito extrajudicial, os procuradores podem atuar como mediadores de conflitos, consoante expressa autorização prevista na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (art. 37), que contempla a faculdade de que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como as empresas públicas e sociedades de economia mista federais submetam seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição

---

<sup>593</sup> A necessidade da institucionalização da cultura dialógica no Poder Judiciário é ressaltada por Adriana Goulart de Sena Orsini e Luiza Berlini Dornas Ribeiro como uma forma de construir uma nova realidade com perspectivas de cooperação a partir da troca de conhecimentos entre os órgãos e unidades judiciárias, bem como de ultrapassar a gestão burocratizada de processos e aversão a medidas alternativas. (ORSINI, Adriana; RIBEIRO, Luiza. *A cooperação judicial como expressão de acesso à justiça*. Texto apresentado no congresso da REDLAJ em 2013).

extrajudicial do conflito. Previu-se, ainda, a criação de câmaras especializadas com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos e transações, cuja composição deverá contar como integrante pelo menos um membro efetivo da Advocacia-Geral da União (art. 44).

A propósito da atuação da advocacia pública como instituição facilitadora e construtora de consensos extrajudiciais, cumpre-se destacar, para além da autorização legal, o exemplo verificado no caso de Mariana, município em que ocorreu o maior desastre ambiental da história do Brasil<sup>594</sup>. A partir da pulverização de dezenas de ações judiciais buscando a reparação dos danos causados pela Samarco Mineração SA e suas controladoras Vale e BHP Billiton, as advocacias-gerais da União e dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo uniram-se em esforço conjunto para buscar uma solução consensual que viabilizasse a adoção de medidas rápidas e efetivas para mitigar os efeitos do desastre e dar início à reparação dos danos causados ao meio ambiente e à população afetada. Para tanto, identificou-se a necessidade de elaborar um plano coerente, amplo e responsável, ajustado com todos os responsáveis e afetados.

A estratégia inicial, segundo relato dos procuradores diretamente envolvidos nas negociações, consistiu no ajuizamento de uma ação civil pública conjunta, em que figuraram no polo ativo a União e os estados de Minas Gerais e Espírito Santo, na qual se obteve provimento liminar determinando o depósito inicial de R\$ 2 bilhões de reais e o bloqueio de bens da Samarco Mineração SA e suas controladoras, além da determinação de elaboração de planos de ação e estudos técnicos, adoção de medidas emergenciais, indisponibilização das licenças e concessões para exploração de lavras, suspensão da possibilidade de distribuição de dividendos, juros de capital próprio, bonificações de ações e quaisquer outras formas de remuneração dos sócios, sob pena de multa diária<sup>595</sup>. Embora as empresas envolvidas já viessem demonstrando disposição para se engajar em uma solução consensual, a decisão liminar referida fez com que elas efetivamente iniciassem o diálogo com a União e os Estados nesse sentido. A partir de então, iniciou-se uma série longas reuniões e debates com representantes das empresas, autoridades políticas, técnicos de diversos órgãos de proteção ao

---

<sup>594</sup> No dia 5 de novembro de 2015, ocorreu o rompimento das barragens de Fundão e de Santarém, mantidas pela Samarco Mineração SA, situadas no Distrito de Bento Rodrigues, localizado a 35 km do Centro do município de Mariana/MG. A partir do referido rompimento, milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro foram derramados sobre vasta extensão territorial dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, gerando drásticas destruições e atingindo diversos cursos d'água até chegar ao litoral do Espírito Santo, no Oceano Atlântico. Informações técnicas mais detalhadas sobre a tragédia podem ser obtidas em <[http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo\\_tecnico\\_preliminar\\_Ibama.pdf](http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2017.

<sup>595</sup> BATISTA JÚNIOR; VIEIRA; ADAMS, O desastre de Mariana: ..., 2017, p. 53.

meio ambiente, procuradores públicos, membros do Ministério Público e da sociedade civil, inclusive das pessoas diretamente afetadas.

Após quatro meses do início das negociações, formalizou-se um Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC) entre a União e os estados de Minas Gerais e Espírito Santo e as empresas Samarco, Vale e BHP, no qual se convencionou a adoção de medidas de cunho ambiental, econômico e social visando a integral reparação do meio ambiente e das condições socioeconômicas, sem previsão de limites financeiros<sup>596</sup>.

Diante da complexidade e da envergadura do acordo, foram instituídos mecanismos próprios e inovadores para garantir e acompanhar o cumprimento das obrigações pactuadas. Assim, ao contrário da constituição ou da destinação de valores aos tradicionais fundos de reparação de danos coletivos (art. 13 da LACP), previu-se a constituição de uma fundação de direito privado que ficaria responsável pela gestão e implementação das medidas necessárias à reparação dos danos causados à bacia do Rio Doce e à população afetada, sob estreita supervisão dos órgãos públicos. A pessoa jurídica em questão, nomeada de Fundação Renova, embora não apresente atuação indene de críticas, vem entregando resultados, nos termos do acordo pactuado, cujos gastos totalizaram, até o início de 2017, cerca de 1,1 bilhão de reais<sup>597</sup>.

Nota-se, assim, que o esforço conjunto e integrado das advocacias públicas da União e dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo foi o responsável por fomentar e articular as condições necessárias à celebração de acordo de grande alcance, diante de uma situação fática extremamente complexa e jamais verificada no Brasil. Essa iniciativa bem evidencia o potencial de intervenção dos procuradores públicos, como agentes facilitadores do consenso, em conflitos coletivos que envolvem os entes públicos que representam. Com efeito, a credibilidade que tais profissionais ostentam, por fazerem parte de uma carreira pública e, portanto, estarem submetidos a regime jurídico de direito público em todas as suas ações, muito contribui para a assunção de posturas que fogem ao padrão convencional da litigiosidade perante os órgãos jurisdicionais e que colaboram, efetivamente, para a solução rápida e eficaz de conflitos entre a Administração Pública e os diversos atores e grupos que com ela se relacionam.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, digna também de destaque é a atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem, encarregada de fomentar e viabilizar soluções

---

<sup>596</sup> Cópia integral do referido acordo está disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/ttac/cif-ttac-completo.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

<sup>597</sup> BATISTA JÚNIOR; VIEIRA; ADAMS, O desastre de Mariana: ..., 2017, p. 69.



consensuais no âmbito da Administração Pública Federal, bem como entre os órgãos dessa e os de Estados e Municípios. A estrutura foi criada em 2007 e inicialmente se voltava para conflitos que envolviam apenas entes federais e, em sua maioria, de cunho individual (em figuravam como partes cidadãos e a Receita Federal ou o INSS). Posteriormente, conflitos de natureza coletiva também passaram a ser encaminhados ao órgão, notadamente os de natureza socioambiental, em especial aqueles que envolvem comunidades indígenas e quilombolas que vivem nos limites de unidades de conservação federal. Entretanto, conforme registra Luciane Moessa de Souza, que atuou pessoalmente no órgão nos anos de 2010 e 2011, a Câmara de Conciliação e Arbitragem ainda não adaptou seus procedimentos de acordo com uma metodologia adequada para conflitos coletivos, de forma a viabilizar de maneira efetiva a participação de todos os interessados e afetados pelo conflito, bem como dos órgãos públicos competentes envolvidos<sup>598</sup>.

### 5.3.4 Organizações da sociedade civil

O termo “sociedade civil” ganhou maior relevância no século XVII, início da era do iluminismo, durante o período em que o moderno Estado europeu estava sendo formado e a demanda popular por liberdade estava crescendo<sup>599</sup>. Nessa época, filósofos como Thomas Hobbes e John Locke discutiam as relações entre o Estado e a sociedade civil, contrapondo a autoridade absoluta estatal e os direitos de liberdade e bem-estar dos indivíduos. John Locke<sup>600</sup> enfatizava que o Estado nasce da sociedade e que, portanto, essa última é superior ao primeiro, de forma que, embora o Estado fosse necessário, não deveria ter o poder de ameaçar os direitos humanos básicos (vida, liberdade e propriedade) que proporcionam uma vida digna para os membros da sociedade<sup>601</sup>. Já no século XVIII, a sociedade civil passou a ser vista como uma esfera pública na qual cidadãos livres e iguais, com suas próprias opiniões, associavam-se entre si de acordo com seus interesses e poderiam participar de seu próprio governo<sup>602</sup>.

Entretanto, embora diversas correntes de debates filosóficos tenham se formado sobre o que se deve compreender como “sociedade civil” e seu efetivo papel, Lina Suleiman

---

<sup>598</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos envolvendo políticas públicas*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, p. 263.

<sup>599</sup> SULEIMAN, Lina. The NGOs and the grand illusions of development and democracy. *International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations* (Voluntas), v. 24, p. 241-261, 2013, p. 243.

<sup>600</sup> As principais ideias do autor sobre as relações entre sociedade civil e Estado foram desenvolvidas na obra *Two Treatises of Government*, publicada em 1689.

<sup>601</sup> SULEIMAN, The NGOs and the grand..., 2013, p. 243.

<sup>602</sup> SULEIMAN, The NGOs and the grand..., 2013, p. 243.

afirma que não é possível extrair do termo uma definição universal, haja vista que, tendo em vista suas variadas utilizações, apresenta-se difuso, difícil de definir e empiricamente impreciso<sup>603</sup>. Ressalta, entretanto, que no contexto dos países em desenvolvimento, o termo é comumente associado às organizações não governamentais mantidas com recursos privados<sup>604</sup>.

Peter van Tuijl adota a nomenclatura para se referir às organizações privadas e autônomas, sem finalidade lucrativa, que atuam no sentido de melhorar a qualidade de vida de pessoas desfavorecidas<sup>605</sup>. Acentua que as organizações não governamentais que promovem os direitos humanos, mormente as internacionais, têm o potencial de acumular substancial grau de informação e largo repertório de estratégias para pressionar governos nacionais e locais, além de fortalecer organizações menores em favor do atendimento de suas pautas<sup>606</sup>. Contudo, observa que as intervenções qualificadas dessas organizações na formação da opinião pública e na formação dos processos decisórios de políticas públicas não prescindem do desenvolvimento de capacidades específicas de cooperação interinstitucionais e de promoção coordenada de direitos<sup>607</sup>.

Para os fins do presente estudo, utiliza-se o termo sociedade civil organizada, ou organizações da sociedade civil, para se referir às pessoas jurídicas de direito privado que se constituem para o desempenho de finalidades não lucrativas, voltadas à consecução de interesses comuns de natureza assistencial, ambiental, política, educativa ou informativa, e que podem atuar tanto em colaboração com o Poder Público para a prestação de serviços úteis a grupos de cidadãos, quanto em face do Poder Público para pleitear a defesa de direitos em favor do segmento de atuação que representam. Considera-se, ainda, que os movimentos sociais organizados, apesar de não se constituírem sob a forma de pessoas jurídicas, mas tendo em vista o largo espectro de influência e estabilidade de atuação que assumem<sup>608</sup>, também devem ser inseridos na concepção de sociedade civil organizada.

A fim de ilustrar o potencial de intervenção e participação das organizações da sociedade civil na construção de consensos em conflitos coletivos que envolvem políticas públicas, exemplifica-se com o papel desempenhado pelo INESC – Instituto de Estudos

---

<sup>603</sup> SULEIMAN, The NGOs and the grand..., 2013, p. 245.

<sup>604</sup> SULEIMAN, The NGOs and the grand..., 2013, p. 245.

<sup>605</sup> VAN TUIJL, Peter. NGOs and human rights: sources of justice and democracy. *Journal of International Affairs*. Spring, v. 52, p. 493-512, 1999, p. 495.

<sup>606</sup> VAN TUIJL, NGOs and human..., 1999, p. 502.

<sup>607</sup> VAN TUIJL, NGOs and human..., 1999, p. 509.

<sup>608</sup> Cite-se, exemplificativamente, o denominado Movimento “Ocupa Escola”, por meio do qual estudantes em diversos estados do país se insurgiram contra políticas educacionais com as quais não concordavam mediante a ocupação temporária de escolas públicas.

Socioeconômicos, organização não governamental sem fins lucrativos, sediada em Brasília, cuja finalidade institucional volta-se especificamente para ampliar a participação social em espaços de deliberação de políticas públicas. O INESC utiliza-se do conhecimento e da disseminação de informações orçamentárias como principal instrumento de fortalecimento e promoção da cidadania, com vistas a contribuir para o aprimoramento dos processos decisórios que impactam os direitos humanos, notadamente aqueles relacionados a crianças, adolescentes e jovens; educação; igualdade racial e de gênero; justiça fiscal; saúde; segurança alimentar e nutricional; socioambiental; direito à cidade e mobilidade urbana. Para tanto, mantém diálogos com cidadãos e demais entidades da sociedade civil para buscar influenciar os espaços de governança e despertar na população o interesse de participação na construção das políticas públicas relacionadas às mencionadas áreas<sup>609</sup>.

O trabalho desenvolvido pelo INESC no Brasil conquistou grande credibilidade e atualmente é apoiado por diversas organizações não lucrativas nacionais e internacionais de renome<sup>610</sup>. Dentre suas áreas de atuação, cumpre-se destacar as atividades desempenhadas em relação ao acompanhamento, monitoramento e decodificação do processo orçamentário federal e sua execução financeira, voltadas para a permanente busca de maior transparência e publicização das informações sobre gastos públicos<sup>611</sup>. No que se refere às questões socioambientais, a instituição dedica-se a fomentar, assessorar e fortalecer os movimentos de articulação de socioambientalistas, bem como a participação e a representação política desses atores coletivos nos espaços de definição, acompanhamento e avaliação das políticas públicas correlatas e de desenvolvimento<sup>612</sup>. No eixo de atuação relativo à proteção dos direitos das crianças e adolescentes, o INESC atua no sentido de buscar a efetivação dos direitos previstos no ECA, enfrentando eventuais tentativas de retrocessos, além de acompanhar e monitorar projetos de lei e programas orçamentários e capacitar outras organizações que se dedicam à proteção desses mesmos direitos<sup>613</sup>.

Diante da sua capacidade institucional de atuação qualificada, informativa e articulada em diversas áreas de políticas públicas, vislumbra-se o potencial colaborativo e

---

<sup>609</sup> Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/quem-somos>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

<sup>610</sup> São instituições apoiadores do INESC, dentre outras: *Open Society Foundations, International Budget Partnership, Fundación Avina, Ford Foundation, Oxfam Brasil, Instituto Clima e Sociedade, Unicef*. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

<sup>611</sup> Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/temas-de-atuacao/vamos-falar-sobre-orcamento-publico>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

<sup>612</sup> Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/temas-de-atuacao/vamos-falar-sobre-questoes-socioambientais>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

<sup>613</sup> Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/temas-de-atuacao/vamos-falar-sobre-criancas-adolescentes-e-jovens>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

participativo que organizações como o INESC podem desempenhar em processos de construção de consenso que requerem atores que contribuam com informações e análises específicas e aprofundadas sobre políticas setoriais, fornecendo uma perspectiva diferenciada e fundamentada da sociedade civil sobre a dimensão e o grau de repercussão do conflito.

#### **5.4 As recomendações nº 44 e nº 48 do Conselho Nacional do Ministério Público e a mudança de paradigma no controle institucional de políticas públicas de educação e saúde**

A construção de consensos em conflitos coletivos de interesse público não prescinde, conforme já demonstrado nesta pesquisa, da análise aprofundada e da compreensão sistêmica das causas que ocasionam a falta ou a insuficiência de determinada política pública que se revela essencial à garantia de direitos consagrados na Constituição e nas leis.

Uma das principais críticas apontadas no item 3.4 em relação à forma como comumente se realiza o controle judicial de políticas públicas no Brasil consiste justamente na abordagem pontual e recortada do problema, o qual, por sua vez, revela-se muitas vezes como mero efeito de causas ainda mais complexas ou até desconhecidas pelo autor da ação, não trazidas ao debate processual judicial. Com efeito, o contraditório que se instala no curso do problema judicializado encontra-se delimitado, pela técnica processual judicial, aos fatos, aos fundamentos jurídicos do pedido e aos limites do pedido apresentados pelo autor (art. 319, III e IV, CPC), bem como à manifestação do réu “precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial” (art. 341, CPC).

Ocorre que o caráter dinâmico do ciclo das políticas públicas, conforme tratado no item 3.2, nem sempre se amolda ao aspecto estático da narração dos fatos constantes da petição inicial. Ainda que os fatos narrados possam se consubstanciar em reflexo fiel da realidade da política pública em determinado momento histórico, a contingência inerente às atividades governamentais ou à própria forma de execução da política pública poderá torná-los, num curto ou médio espaço de tempo, obsoletos em relação a situações fáticas supervenientes.

No ano de 2014, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal confirmou o provimento de acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que havia condenado o Município de Belo Horizonte, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ao “*restabelecimento dos convênios firmados com trinta e três clínicas de habilitação e reabilitação de pessoas com deficiência que foram descredenciadas*

*ou a celebração de convênios com outras clínicas que pudessem atender a demanda de, pelo menos, 6.500 crianças e adolescentes que tiveram o tratamento interrompido, ou, ainda, o encaminhamento dessas pessoas para o tratamento, à custa do Município, oferecido pela rede privada suplementar, até a completa estruturação da Rede de Assistência à Pessoa Portadora de Deficiência Física, Visual, Auditiva, com Paralisia Cerebral, Distúrbios Comportamentais, Deficiência Mental ou Autismo, nos moldes estabelecidos pela Portaria nº 1.635/2002, do Ministério da Saúde”<sup>614</sup>.*

A ação civil pública em questão foi ajuizada em 12 de fevereiro de 2007 e a decisão de mérito transitou em julgado em 4 de março de 2015, após o referido julgamento pelo STF. Os autos foram devolvidos à comarca de origem em 2 de outubro de 2015 e foram definitivamente baixados em 25 de agosto de 2016, sem que se tenha sido dado início à fase de cumprimento de sentença<sup>615</sup>, uma vez que a implementação da política pública veiculada no pedido não fazia mais sentido diante da nova forma de organização do atendimento de crianças e adolescentes com deficiência, nos moldes dos Centros de Atenção Psicossocial - CAPS previstos na Portaria nº 336/02 do Ministério da Saúde.

Tendo em vista esse caráter dinâmico, cíclico e contínuo das políticas públicas que asseguram a concretização de direitos sociais fundamentais, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu, em 27 de setembro de 2016, a Recomendação nº 44, que dispõe sobre a atuação do Ministério Público brasileiro no controle do gasto mínimo em educação. A

---

<sup>614</sup> EMENTA: Recurso Extraordinário com Agravo (Lei Nº 12.322/2010) – Manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente – Dever estatal resultante de norma constitucional – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Município – Desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (Rtj 183/818-819) – Comportamento que transgredir a autoridade da Lei Fundamental da República (Rtj 185/794-796) – A questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (Rtj 200/191-197) – O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público – A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público – A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (Cf, Arts. 6º, 196 E 197) – A questão das “escolhas trágicas” – A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Poder Público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – Doutrina – Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (Rtj 174/687 – Rtj 175/1212-1213 – Rtj 199/1219-1220) – Existência, no caso em exame, de relevante interesse social – (Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745, Minas Gerais, Rel. Min. Celso de Mello, Data do julgamento: 12/12/2014, DJE: 19/12/2014). Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 30 set. 2017.

<sup>615</sup> Conforme movimentação processual disponível em: <[http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_movimentacoes.jsp?comrCodigo=24&numero=1&listaProcessos=07349414](http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=24&numero=1&listaProcessos=07349414)>. Acesso em: 30 set. 2017.

inovação trazida pela aludida recomendação consistiu justamente na abordagem sistêmica conferida ao tratamento do controle das políticas públicas educacionais, fomentando que a atuação dos membros do Ministério Público se voltasse para a compreensão, a avaliação e o acompanhamento de todo o ciclo da política pública setorial, desde o seu planejamento, perpassando por sua execução financeiro-orçamentária até a respectiva prestação de contas, por meio de iniciativas coordenadas e integradas<sup>616</sup>.

Além disso, previu-se a adoção de medidas de controle focadas especialmente nas fontes de financiamento das políticas públicas de educação, de modo que os aspectos do planejamento orçamentário e de sua correspondente execução financeira não sejam negligenciados e não se perca de vista de que se consubstanciam em fatores decisivos para o alcance das metas quantitativas e qualitativas da política pública em questão<sup>617</sup>. Conferiu-se

---

<sup>616</sup> Dispõe o art. 3º da referida Recomendação: “Art. 3º Os membros do Ministério Público com atribuições para atuação na Educação, na Infância e Juventude e no Patrimônio Público devem realizar ações coordenadas para evitar e reprimir quaisquer desvios e retrocessos quantitativos ou qualitativos no piso de custeio do direito à educação, acompanhando sua execução orçamentário-financeira e a respectiva prestação de contas, por meio da avaliação dos instrumentos de gestão e de planejamento setorial na educação (Plano Plurianual - PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, Lei Orçamentária Anual - LOA, Planos Nacional, Estadual e Municipal de Educação), dentre outros”.

<sup>617</sup> Dispõe o art. 4º da mencionada Recomendação:

Art. 4º Para os fins previstos no artigo anterior, os membros do Ministério Público poderão realizar ações coordenadas de preservação da garantia fundamental de custeio mínimo do direito à educação, no sentido de:

I – representar pela inconstitucionalidade de leis orçamentárias que prevejam gasto mínimo em educação inferior ao ditame do art. 212, da Constituição Federal;

II – fiscalizar quaisquer formas de contabilização como manutenção e desenvolvimento do ensino de despesas manifestamente contrárias às diretrizes da LDB, notadamente em seus artigos 70 e 71; irregularidades na aplicação dos recursos do FUNDEB, especialmente quando se verificar afronta aos artigos 21 a 23, da Lei n.º 11.494/2007, bem como irregularidades na aplicação da contribuição social do salário-educação;

III – questionar, com fulcro nos princípios da vedação de retrocesso e vedação de proteção insuficiente, bem como no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, a conformidade da previsão e da execução de quaisquer montantes de valores no orçamento dos entes que impliquem descumprimento do art. 212, da Carta de 1988 e do art. 60, do ADCT, a pretexto de ajustamento de gestão ou instrumento congênere com o respectivo Tribunal de Contas e/ou Poder Legislativo;

IV – demandar medida compensatória do déficit diagnosticado no parecer prévio do respectivo Tribunal de Contas e/ou no julgamento das contas pelo Legislativo, sob pena de suspensão de transferências voluntárias, na forma do art. 25, §1º, IV, alínea “b”, da LRF;

intervenção na forma do art. 35, III, da CR/1988 e responsabilização no âmbito do art. 1º, I, alínea “g”, da LC n.º 64/1990 e do art. 208, §2º, da Constituição de 1988, caso se verifique que a execução orçamentária deixou de cumprir o patamar de gasto mínimo em manutenção e desenvolvimento do ensino em suas cinco vertentes, a saber(...);

V – recomendar aos Chefes do Executivo o depósito permanente – no respectivo fundo de educação, onde houver, ou em conta específica gerida pelo órgão da educação – dos repasses mensais inadiáveis e não suscetíveis de contingenciamento, que correspondam ao duodécimo das atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino, tal como planejadas na lei orçamentária de cada ente à luz do art. 10, do PNE, no que se incluem as transferências de recursos no âmbito do FUNDEB, por força do art. 69, §§5º e 6º, da Lei n.º 9.394/96;

VI – sugerir dos Chefes do Executivo que a gestão do fundo/conta específica da educação seja de responsabilidade exclusiva do titular do Ministério ou Secretaria de Educação, para impedir a multiplicidade de ordenadores de despesas da educação e a centralização e o controle operacional dos recursos vinculados à

especial relevo, ainda, à adoção de medidas para garantir o funcionamento dos órgãos colegiados setoriais dos quais participam a sociedade civil e a efetiva observância de suas deliberações, como forma de incentivar e viabilizar o controle plural e participativo<sup>618</sup>.

Por seu turno, a Recomendação nº 48 do Conselho Nacional do Ministério Público, expedida em 13 de dezembro de 2016, apresenta parâmetros para a atuação do Ministério Público brasileiro no controle do dever de gasto mínimo em saúde. Também no aludido documento se observa a prioritária preocupação em se assegurar a compreensão, a avaliação e o acompanhamento de todo o ciclo da política pública setorial da saúde, desde o seu planejamento, abrangendo a sua execução financeiro-orçamentária e a respectiva prestação de contas, por meio de iniciativas coordenadas e integradas<sup>619</sup>.

educação pelo Ministério ou pela Secretaria da Fazenda, bem como evitar o remanejamento das transferências de recursos do FUNDEB para a conta única do tesouro do ente, conforme o art. 69, §§5º e 6º, da LDB;

VII – refutar a contabilização, pelo regime de caixa, das disponibilidades financeiras do fundo/conta específica de educação e do FUNDEB que estiverem vinculadas às despesas empenhadas no piso constitucional em manutenção e desenvolvimento do ensino como um falseado saldo positivo parcial do resultado primário do ente;

VIII – recomendar a compensação, como aplicação adicional no exercício imediatamente subsequente, de quaisquer déficits de aplicação em manutenção e desenvolvimento do ensino, sob pena de responsabilização pessoal;

IX – refutar a classificação como “despesa obrigatória sujeita à programação financeira” e, por conseguinte, a inclusão das despesas vinculadas ao piso constitucional da educação ou amparadas pelos recursos do FUNDEB em limites de pagamento inferiores aos respectivos limites de empenho, na medida em que tal programação deficitária de pagamento atenta contra o fluxo tempestivo e regular de repasses de que trata o art. 69, §§5º e 6º, da LDB e o art. 9º, § 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal; (...)

XI – verificar se, a despeito do cumprimento contábil-formal do art. 212, da Constituição e do art. 60, do ADCT, houve o descumprimento de obrigações normativas de fazer, fixadas pelo legislador com prazo determinado de execução, hipótese em que cabe análise de eventual discussão de improbidade administrativa pela omissão na adequada aplicação dos recursos públicos educacionais diante do inadimplemento das metas e estratégias do PNE e do Plano de Educação do respectivo ente, cujo lapso temporal para seu atendimento já tenha se escoado (...). Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-044.pdf>>.

Acesso em: 30 set. 2017.

<sup>618</sup> Art. 4º: (...) XIX – exigir o regular e autônomo funcionamento dos conselhos e fóruns (municipais, estaduais e nacional) de acompanhamento e controle social da área de educação, para que lhes sejam garantidas condições materiais e finalísticas de cumprir tempestivamente seu papel institucional, avaliando, no mínimo, o perfil da sua composição, o número de reuniões realizadas no último período de 12 meses, a natureza do Conselho e do Fórum quanto à formulação dos planos e à gestão dos recursos da educação (se deliberativo, consultivo, normativo e/ou fiscalizador), sua capacitação periódica e a sua estrutura de apoio (importa saber, por exemplo, se o Conselho possui contador e recursos para formação e intercâmbio);

XXI – fomentar que as recomendações e ressalvas do controle social apresentadas pelo respectivo Conselho do FUNDEB, Conselho de Alimentação Escolar e Conselho Escolar sejam incorporadas, no que couber, como metas e balizas para a educação estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias do ente;

XXII – propor que as conclusões dos conselhos sociais da educação operem como critérios de avaliação de programas do controle interno para fins de correção das falhas e aprimoramento do planejamento orçamentário e do planejamento educacional, na esteira do art. 74, incisos I e II, da CF/88 e do art. 10, do PNE;

<sup>619</sup> Dispõe o art. 3º da aludida Recomendação: “Art. 3º Os membros do Ministério Público com atribuições para atuação na Saúde e no Patrimônio Público devem realizar ações coordenadas para evitar e reprimir quaisquer desvios e retrocessos quantitativos ou qualitativos no piso de custeio do direito à saúde, acompanhando sua execução orçamentário-financeira e respectiva prestação de contas, por meio da avaliação dos instrumentos de gestão e de planejamento na saúde (Plano Plurianual - PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, Lei

Da mesma forma, priorizou-se a adoção de providências para assegurar o financiamento constitucionalmente adequado da política pública em questão por meio de medidas que repercutam diretamente na proteção e garantia das fontes dos recursos e não apenas no combate das omissões ou deficiências consequenciais quantitativas ou qualitativas na área da saúde<sup>620</sup>. Evidenciou-se, ainda, a importância de fomentar e assegurar a efetiva atuação dos órgãos colegiados que preveem a participação da sociedade civil na definição e no controle das políticas públicas setoriais<sup>621</sup>.

Em específico estudo destinado a analisar o financiamento dos direitos à saúde e à educação por parte dos entes públicos brasileiros (União, estados e municípios), sob o ponto de vista do cumprimento de suas obrigações constitucionais, Élide Graziane Pinto afirma, com base na análise numérica da aplicação pelos municípios mineiros da vinculação orçamentária para ações e serviços públicos de saúde no período de 2003 a 2008, que, desde o

Orçamentária Anual - LOA, Plano de Saúde, Programação Anual de Saúde - PAS, Relatório Quadrimestral, o Relatório Anual de Gestão - RAG), dentre outros”.

<sup>620</sup> Art. 4º Para os fins previstos no artigo anterior, os membros do Ministério Público poderão realizar ações coordenadas de preservação da garantia fundamental de custeio mínimo do direito à saúde, no sentido de:

I – tomar as providências cabíveis quanto às leis orçamentárias que prevejam gasto mínimo em saúde inferior ao ditame do art. 198 da Constituição Federal;

III – fiscalizar quaisquer formas de contabilização como ações e serviços públicos de saúde de despesas manifestamente contrárias às diretrizes da LC n.º 141/2012, notadamente em seus artigos 3º e 4º;

IV – questionar a conformidade da previsão e da execução de quaisquer montantes de valores no orçamento dos entes que impliquem descumprimento do art. 198 da Carta de 1988, a pretexto de ajustamento de gestão ou instrumento congêneres com o respectivo Tribunal de Contas e/ou Poder Legislativo; (...)

VI – recomendar aos Chefes de Executivo o depósito permanente no respectivo fundo de saúde dos repasses mensais inadiáveis e não suscetíveis de contingenciamento, que correspondam ao duodécimo das ASPS planejadas na lei orçamentária de cada ente à luz do art. 30 da LC n.º 141/2012, no que se incluem as transferências de recursos feitas fundo-a-fundo no âmbito do SUS, em interpretação sistemática do art. 69, §§ 5º e 6º, da Lei n.º 9.394/96; (...)

VII – recomendar dos Chefes de Executivo que as disponibilidades de caixa (saldo financeiro) que ampararam a contabilização dos restos a pagar, para fins de perfazimento do piso em exercícios anteriores, na forma do art. 24, inciso II, e §1º da LC n.º 141/2012, permaneçam depositadas no fundo de saúde do ente, até a sua efetiva liquidação e pagamento; (...)

<sup>621</sup> Art. 4º (...): XVIII – fomentar que as recomendações e ressalvas do controle social aos relatórios quadrimestrais e anual de gestão do SUS, apresentadas pelo respectivo Conselho de Saúde na forma dos artigos 36 e 41 da LC n.º 141/2012, sejam incorporadas, no que couber, como metas e balizas para a saúde estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias do ente, tal como definido pelo art. 30, §4º, da citada Lei Complementar;

XIX – propor que as conclusões do Conselho Social sobre os relatórios quadrimestrais e anual do SUS operem como critérios de avaliação de programas da auditoria do SUS e do controle interno para fins de correção das falhas e aprimoramento do planejamento em saúde, na esteira do art. 74, incisos I e II, da CF/88 e do art. 42 da LC n.º 141/2012; (...)

XXI – recomendar, no âmbito de cada ente da Federação, que o gestor do SUS disponibilize ao Conselho de Saúde, com prioridade para os representantes dos usuários e dos trabalhadores da saúde, programa permanente de educação na saúde para qualificar sua atuação na formulação de estratégias e assegurar efetivo controle social da execução da política de saúde, em conformidade com o §2º do art. 1º da Lei n.º 8.142/1990 e o art. 44 da LC n.º 141/2012;



início da vigência da Emenda Constitucional nº 29/2000<sup>622</sup>, foram os municípios que efetivamente assumiram o acréscimo de despesas em saúde causado pelas pressões sociais e pelas decisões judiciais<sup>623</sup>. Com efeito, o excedente médio constatado de cerca de 44% sobre o patamar mínimo de gasto em saúde evidencia que os municípios estão sobrecarregados no financiamento do Sistema Único de Saúde - SUS, de forma que muitos deles chegam a gastar anualmente mais em saúde do que o mínimo exigido em educação<sup>624</sup>, dando uma prioridade maior à saúde do que a que o próprio texto constitucional conferiu. Por outro lado, apurou-se, com base na análise dos relatórios resumidos de execução orçamentária apresentados no 6º bimestre dos anos de 2001 a 2008, que a União vinha regredindo em seus patamares históricos de gastos no setor<sup>625</sup>.

A partir do conteúdo dos dispositivos constantes das Recomendações nº 44 e nº 48 do Conselho Nacional do Ministério Público, verifica-se que análises como a acima citada revelam-se de suma importância para orientar a atuação qualificada do órgão de controle, permitindo que o seu foco se volte para a efetiva fonte do conflito distributivo a ser enfrentado. Permite-se, dessa forma, uma compreensão mais aprofundada das causas das omissões ou insuficiências da política pública considerada, evitando-se o ajuizamento imediato de ações judiciais açodadas em face de entes públicos que, em verdade, já estão cumprindo suas funções para além das imposições legais e constitucionais. Como consequência dessa compreensão transparente da realidade fática, viabiliza-se a construção de soluções concretas e consensuais que possam atender ao “mínimo existencial” e à “reserva do possível”, segundo as condições objetivamente aferíveis a partir da situação considerada.

Dessa forma, conclui-se que o grande mérito das recomendações mencionadas consiste em fornecer balizas mínimas para a fase de coleta de informações (tratada no item 4.3.2) que subsidiará a análise acurada dos conflitos que envolvem políticas públicas e a definição da possível estratégia para enfrentá-los. Ressalve-se que, conquanto as referidas recomendações reportem-se especificamente às políticas públicas de saúde e educação, a compreensão sistêmica que as inspira deve repercutir nos modos de análise e tratamento das demais políticas setoriais, fomentando a obtenção de perspectivas mais holísticas sobre

---

<sup>622</sup> A Emenda Constitucional em questão dispôs sobre a destinação de recursos mínimos para assegurar o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017.

<sup>623</sup> PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação*. Uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 227-229.

<sup>624</sup> PINTO, Financiamento dos direitos..., 2015, p. 228.

<sup>625</sup> PINTO, Financiamento dos direitos..., 2015, p. 214.

eventuais conflitos verificados e, por consequência, ensejando soluções mais realistas, criativas e exequíveis.

## 6 CONTROLE, CONSENSUALIDADE E PARTICIPAÇÃO: REFLEXOS DA CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS EM POLÍTICAS PÚBLICAS NO APRIMORAMENTO DO REGIME DEMOCRÁTICO

### 6.1 A dualidade entre controle e consenso: uma contraposição aparente

A ideia de *controle*, empregada nesta pesquisa, está relacionada aos modos pelos quais, segundo o ordenamento jurídico vigente, podem ser estabelecidos limites ao poder ou à faculdade de agir. Assim, quando se trata do *controle de políticas públicas*, está-se referindo aos modos pelos quais os poderes e prerrogativas dos agentes públicos podem ser contidos ou direcionados de acordo com os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Embora o exercício de qualquer espécie de controle possa ser associado intuitivamente à ideia de coerção, isto é, ao agir contra a vontade do controlado e à consequente necessidade de imposição por meio da força ou do exercício do poder, não se pode perder de vista que os mecanismos de controle instituídos em determinado território visam a concretizar o modelo de Estado delineado pela Constituição e pelas leis. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, conquanto sejam contempladas modalidades de controles que pressupõem ou nos quais se presumem a resistência ou oposição dos destinatários<sup>626</sup>, sejam eles públicos ou privados, também é possível identificar instrumentos jurídicos e institucionais que, não obstante imponham limites, não pressupõem oposição alguma dos destinatários. Ao contrário, coexistem em verdadeiro regime de colaboração em prol de objetivos comuns.

Ao tratar sob o ponto de vista de uma perspectiva mais ampla da ideia de controle, Rodolfo Viana Pereira observa que a função de controle é merecedora de uma centralidade e onipresença inigualáveis no discurso constitucional, de modo que já se constatou que o governo limitado tem sido, nos últimos duzentos anos, a demanda basilar dos

---

<sup>626</sup> As ações judiciais são, por expressa previsão constitucional (art. 5º, XXXV), o mecanismo último de controle institucionalizado das quais o cidadão não pode prescindir para exercer pretensões que exijam, em alguma medida, o controle estatal por meio da coerção; aos tribunais de contas compete aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário (art. 71, VIII, CR/88); nos processos administrativos, as sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa (art. 68 da Lei nº 9.784/99).

constitucionalistas<sup>627</sup>. Além disso, acrescenta o autor que a concepção de que o controle implica a sujeição do exercício da autoridade a certos padrões normativos previamente reconhecidos representa talvez um dos poucos pontos de concordância teórica relacionados ao tema, já que a sua caracterização como elemento necessário do constitucionalismo parece ser inquestionável quando se tem em vista sua associação histórica com a justificação do Estado de Direito<sup>628</sup>.

Entretanto, Pereira se propõe ir mais além em sua contribuição para o esforço que denomina de situar a “Teoria do Controle” no seio na Teoria da Constituição, com o fim de demonstrar o modo pelo qual o instituto do controle se sustenta como parte de uma determinada compreensão da Constituição<sup>629</sup>. Para o autor, o desafio mais importante a enfrentar reside na tendência tecnicista típica das abordagens teóricas sobre o controle e que acabam se refletindo em seus desenhos concretos. Afirma que grande parte da dogmática constitucional resume a função de controle ao âmbito das instituições estatais, em especial aos “checks” proporcionados pela separação de poderes, de modo que a função de controle, incluindo sua estrutura, atores e processos, acaba confinada às instituições, espaços e métodos tradicionalmente derivados da vertente representativa da democracia e raramente é imputado à esfera de ação dos cidadãos<sup>630</sup>. Argumenta, assim, que os controles passam a ser reféns de uma clausura operacional que os distancia da “democracia do dia-a-dia”, uma vez que ficam restritos aos recursos, estratégias e motivações dos agentes institucionais, tais como os partidos políticos, os parlamentares, o Ministério Público, os administradores, dentre outros<sup>631</sup>. Sustenta o autor que:

Cumpra garantir a *democratização dos instrumentos de controle*, ou seja, justificar a previsão de técnicas, mecanismos, institutos e processos que atribuam a função controladora à gestão participativa, arejando-a e fortalecendo-a com a agregação de novos agentes ao círculo tradicional e oficial a que estava acostumada. Por outro lado, importa ressaltar as potencialidades do *controle como vetor de democratização*, ou seja, as possibilidades dos institutos de controle constitucional servirem de estímulos ao fortalecimento da vivência democrática, por suscitarem maiores níveis de interesse e de participação nos assuntos públicos, ao promoverem a aproximação facilitada entre esses e o conjunto global de sujeitos constitucionais<sup>632</sup>.

---

<sup>627</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*. Controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17.

<sup>628</sup> PEREIRA, *Direito constitucional...*, 2010, p. 17.

<sup>629</sup> PEREIRA, *Direito constitucional...*, 2010, p. 30.

<sup>630</sup> PEREIRA, *Direito constitucional...*, 2010, p. 250.

<sup>631</sup> PEREIRA, *Direito constitucional...*, 2010, p. 251.

<sup>632</sup> PEREIRA, *Direito constitucional...*, 2010, p. 247.

Desse modo, Pereira defende que se impõe a retirada do estudo do controle do marco conceitual exclusivo da estatalidade e destaca a importância de se situar o marco da legitimidade do controle também no quadro conceitual da democracia participativa<sup>633</sup>. Sustenta que “o aforismo de que só o poder controla o poder representou o ponto de partida para a concepção de que os arranjos institucionais promovidos no interior das estruturas estatais exauriam as necessidades de controle”<sup>634</sup>. Adverte, entretanto, que não podem ser negligenciadas as potencialidades de fortalecimento dos mecanismos de controle por meio de instrumentos que partam também da sociedade civil. Afinal, o resgate da dimensão participativa, mediante a implicação direta dos afetados no exercício do controle, contribui para a ampliação da eficácia das decisões em contextos de complexidade administrativa, tecnologias de risco e impasses globalizados, haja vista que promove a transparência, a produção de um conjunto mais completo de argumentos e aumenta a responsividade dos agentes decisores<sup>635</sup>.

Dessa forma, Pereira argumenta que os sistemas de controle devem se abrir a uma ampla esfera pública e participativa de agentes controladores que incorpore agentes de autoridade, cidadãos e associações civis, transformando a questão do correto desempenho do poder e da gestão de temas de relevância pública em objeto de fiscalização e ajuste por parte de todos<sup>636</sup>. Essa heterogeneidade dos agentes - que repercutem também em suas diferenças quanto a recursos, motivações, estruturas, lógicas organizacionais, técnicas de ação etc – contribui, segundo o autor, para o incremento global dos níveis de eficácia da função controladora<sup>637</sup>. Assim, conclui que a democratização dos mecanismos de controle contribuiria para o melhoramento de seus próprios resultados.

A propósito da necessidade de abertura da Administração Pública a formas mais participativas de controle, Onofre Alves Batista Junior afirma que a abertura institucionalizada da oportunidade de participação social do administrado e dos órgãos de controle, interno e externo, nos processos decisórios administrativos possibilita o “conforto” necessário para que os agentes públicos possam tomar decisões mais eficientes, além de favorecer o desiderato de transparência da atuação administrativa<sup>638</sup>. Assim, defende a ideia

---

<sup>633</sup> PEREIRA, *Direito constitucional...*, 2010, p. 252.

<sup>634</sup> PEREIRA, *Direito constitucional...*, 2010, p. 253.

<sup>635</sup> PEREIRA, *Direito constitucional...*, 2010, p. 255.

<sup>636</sup> PEREIRA, *Direito constitucional...*, 2010, p. 256.

<sup>637</sup> PEREIRA, *Direito constitucional...*, 2010, p. 257.

<sup>638</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O controle preventivo procedimental e as soluções especiais para situações extraordinárias. In FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (Coord.). *Mecanismos de*

de um *controle preventivo procedimental* para situações extraordinárias que reclamam soluções especiais<sup>639</sup>. A referida modalidade possibilitaria, segundo o autor, o deslocamento da necessária fase de controle – normalmente exercida pelos órgãos de controle de forma repressiva – para o momento em que os possíveis problemas se manifestam, no curso do procedimento decisório, favorecendo que a melhor alternativa para o caso concreto seja perseguida, além de proporcionar aumento da legitimidade das decisões e a diminuição do recurso ao Poder Judiciário<sup>640</sup>.

Sob o ponto de vista do estudo das ações coletivas e da dimensão participativa que lhe é inerente, poder-se-ia argumentar que há muito é conferida ao cidadão a legitimidade ativa para questionar a validade de atos lesivos ao patrimônio público por meio da ação popular (art. 1º da Lei nº 4.717/65), bem como que as associações da sociedade civil podem propor ações civis públicas em defesa de atos do Poder Público que prejudiquem direitos coletivos correlatos às suas finalidades institucionais (art. 5º, V, da Lei nº 7.347/85). De fato, à luz das ideias de Pereira acima expostas, não se pode negar que tais instrumentos processuais representam uma possibilidade de participação dos cidadãos e das organizações da sociedade civil nas escolhas realizadas pelos agentes estatais, ainda que tal participação se dê *a posteriori* e se revele impositiva por meio de uma decisão judicial.

Entretanto, a dimensão do controle que se pretende aqui enfatizar diz respeito ao que se denomina de *controle consensual*, isto é, aos canais de participação postos à disposição dos cidadãos e grupos de indivíduos para que possam, efetivamente, com a abertura *voluntária* da Administração Pública, influir nas decisões dos gestores que definem as políticas públicas e escolhas alocativas que repercutem diretamente na concretização de direitos prestacionais garantidos pela ordem constitucional.

Não se pode olvidar, contudo, que existem canais de participação que se revelam muitas vezes rituais vazios decorrentes de uma imposição legal e aqueles que efetivamente proporcionam oportunidades de real influência decisória. De fato, nesse último caso, a participação qualificada implica a possibilidade de concessão de tempo aos interessados para

---

*controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 117-137.

<sup>639</sup> Segundo o autor, o Direito Administrativo moderno clama pelo estabelecimento de “cláusulas gerais” que permitam a identificação de situações excepcionais e relevantes que mereçam tratamentos especiais e adequados, tais como em situações de alta indagação jurídica ou de relevância e urgência. Tais cláusulas gerais para tratamento de situações excepcionais propiciariam a abertura para soluções consertadas, para transações administrativas, para acordos, para soluções contratuais, em detrimento de soluções heterônomas genéricas ou unilateralmente impostas pela Administração Pública. (BATISTA JÚNIOR, O controle preventivo..., 2012, p. 121-122).

<sup>640</sup> BATISTA JÚNIOR, O controle preventivo..., 2012, p. 134-135.

análise das questões controversas, livre troca de informações, conhecimento de todos os interesses envolvidos, flexibilidade e abertura do processo de tomada de decisão e o comprometimento das autoridades decisórias com o produto das discussões desse mesmo processo<sup>641</sup>.

Ao realizarem detida análise sobre os instrumentos de participação disponíveis nas democracias contemporâneas, Tina Nabatchi e Matt Leighninger enfatizam que, em verdade, os meios oficiais e convencionais voltados para promover a participação dos cidadãos nas decisões públicas são, em sua maioria, inúteis para superar a separação, fática e simbólica, entre cidadãos e governantes. Argumentam que a infraestrutura para participação revela-se comumente ineficiente e ultrapassada, pois não reconhece a capacidade dos cidadãos e limita o seu potencial de resolução de problemas coletivos. Para superar essa infraestrutura insuficiente, afirmam que alguns administradores públicos estão desenhando novos processos, formatos e estruturas para promover o engajamento público. Esses novos métodos incluem deliberações presenciais, ferramentas digitais e redes de contato pela internet, as quais podem demonstrar o potencial da participação pública em formular decisões difíceis e resolver problemas complexos. O grande desafio que se apresenta, segundo os autores, é identificar como transformar esses métodos em caminhos que permitam incentivar os cidadãos a exercerem de forma plena e democrática o seu potencial para a resolução de problemas<sup>642</sup>.

Ao observarem que a atitude dos cidadãos em relação ao governo e outras instituições públicas é extremamente negativa, os autores asseveram que as formas mais comuns de oportunidades de participação – voto, audiência pública e reclamações administrativas – são, quando muito, insuficientes, além de serem, nos piores casos, prejudiciais. Defendem que, para que se tenha a dimensão do potencial de participação dos cidadãos, é preciso focar naquilo que eles realmente querem: solução de problemas, civilidade e comunidade<sup>643</sup>. Afinal, participação pública é um termo amplo que abarca as atividades por meio das quais as preocupações, necessidades, interesses e valores são incorporados às decisões e ações de políticas públicas, resolvendo problemas, incrementando a civilidade e fortalecendo o sentimento de comunidade.

---

<sup>641</sup> DUKES, *Resolving public conflict:...*, 2006, p. 65.

<sup>642</sup> NABATCHI, Tina; LEIGHNINGER, *Public participation for 21st century democracy*. Hoboken, New Jersey: Jossey-Bass, 2015.

<sup>643</sup> NABATCHI; LEIGHNINGER, *Public participation....*, 2015.

Nabatchi e Leighninger classificam os tipos de participação direta dos cidadãos atualmente disponíveis como *substancial*, *superficial* e *convencional*. A participação denominada *substancial* é aquela definida como um engajamento consciente, aberto, com discussão acessível sobre informação, pontos de vista, experiências e ideias, por meio das quais as pessoas buscam tomar uma decisão baseada em fatos, informações, valores, emoções ou outras considerações menos técnicas. Citam como exemplos os grupos locais voltados para o engajamento em determinada transformação local, pequenos grupos de discussão, sequência de discussões etc. Por seu turno, as formas de participação *superficiais* são aquelas realizadas pelos cidadãos individualmente: abaixo-assinado, compartilhamento de ideias via redes sociais, doações a determinados projetos sociais etc. As formas de participação *convencionais* são aquelas normativamente previstas como etapas de determinados procedimentos decisórios, tais como audiências públicas, consultas públicas e outras oportunidades procedimentais de oitiva dos cidadãos. Contudo, os autores ressaltam que algumas pesquisas mostram que tais formas convencionais comumente deixam os cidadãos e os próprios agentes públicos frustrados, pois incrementam a polarização de opiniões, não oferecem espaço para uma discussão qualificada e não necessariamente interferem no resultado dos procedimentos<sup>644</sup>.

Nesse contexto, à luz das características apresentadas ao longo da pesquisa, cumpre-se analisar se o processo coletivo extrajudicial de resolução de conflitos de interesse público é capaz de ofertar oportunidades de participação substanciais aos diversos agentes de controle – instituições públicas, organizações da sociedade civil, cidadãos – e em que medida essa abertura pode contribuir, de forma concreta e pragmática, para o fortalecimento da democracia deliberativa.

## **6.2 Meios consensuais de resolução de conflitos coletivos de interesse público e a participação dos interessados**

A ideia de participação é inerente ao regime democrático. Preceitua o parágrafo único do art. 1º da Constituição da República de 1988 que todo o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes. Assim, no Estado Democrático de Direito, a participação nas esferas decisórias, seja por meio de representantes eleitos ou por vias que

---

<sup>644</sup> NABATCHI; LEIGHNINGER, *Public participation...*, 2015.



viabilizem a participação direta, constitui o fator legitimador do exercício do poder e da consequente tomada de decisões.

O exercício do poder jurisdicional, no curso do processo judicial, também não foge à regra acima mencionada. Com efeito, a garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) constitui corolário do direito à participação na prolação da decisão estatal<sup>645</sup>.

Por seu turno, conforme será exposto neste item, é possível identificar estreita correlação entre os processos decisórios estatais extrajudiciais que preveem a participação pública e os meios consensuais de resolução de conflitos coletivos de interesse público. Cumpre-se neste primeiro momento, entretanto, situar essa interação no contexto dos debates sobre as formas de participação nas democracias modernas e o papel que representam na legitimação das decisões públicas.

O exercício do direito de voto é uma forma basilar<sup>646</sup> de participação inerente à cidadania, por meio do qual o eleitor escolhe periodicamente os representantes que, em tese, agirão conforme seus interesses no Poder Legislativo ou no Poder Executivo. Conforme lembra Leonardo Avritzer, desde Rousseau a teoria democrática identificou o processo de formação da vontade geral com o processo de aferição da vontade da maioria, de modo que, uma vez aferida a vontade da maioria, a posição “perdedora” nada mais representaria do que um erro<sup>647</sup>. Entretanto, essa concepção, que foi hegemônica na teoria democrática por quase duzentos anos, tem dado lugar a uma concepção mais moderna, que compreende o processo deliberativo como aquele no qual os diferentes aspectos de uma determinada proposta são discutidos, avaliados e pesados<sup>648</sup>. Identifica-se, assim, a evolução de um conceito decisionístico de deliberação para um conceito argumentativo de deliberação<sup>649</sup>. Segundo o primeiro, as diferenças não podem ser resolvidas por meio da argumentação e o processo eleitoral consiste na aferição de preferências individuais pré-formadas, não estando sujeitas a mudanças no curso do processo político<sup>650</sup>. Já o conceito argumentativo de deliberação, cujo

---

<sup>645</sup> Para o aprofundamento em interessante discussão sobre a participação representativa nos processos judiciais coletivos, vide o capítulo 3 (Participação e representação em ações coletivas) da obra “O devido processo legal coletivo”, de Edilson Vitorelli, já citada nesta pesquisa.

<sup>646</sup> Cumpre-se destacar que, conforme registra Gregório Assagra de Almeida, o princípio democrático, consagrado no art. 1º da Constituição da República de 1988, não se limita ao campo restrito dos direitos políticos de votar e de ser votado. O autor afirma que o referido princípio é a diretriz jurídica primária que fundamenta o próprio Direito Coletivo e impulsiona o sistema jurídico brasileiro, de forma a torná-lo dinâmico, móvel e aberto para incorporar novos valores e conceitos surgidos em razão das mudanças ocorridas no seio da sociedade. (ALMEIDA, *Direito material...*, 2008, p. 32).

<sup>647</sup> AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. *Lua Nova*, n. 49, p. 25-46, 2000, p. 26.

<sup>648</sup> AVRITZER, Teoria democrática..., 2000, p. 26.

<sup>649</sup> AVRITZER, Teoria democrática..., 2000, p. 27.

<sup>650</sup> AVRITZER, Teoria democrática..., 2000, p. 31.

desenvolvimento no interior da teoria democrática atingiu maior notoriedade a partir de Jünger Habermas<sup>651</sup>, pressupõe uma esfera pública de interação face a face entre os indivíduos, na qual esses interagem uns com os outros, debatem as decisões tomadas pela autoridade política e apresentam demandas em relação ao Estado. Assim, o uso público da razão estabelece uma relação entre participação e argumentação pública, de modo que tal dimensão argumentativa no interior da relação Estado/sociedade encontra-se além do processo de formação da vontade geral, à qual se referia Rousseau<sup>652</sup>.

Com efeito, Habermas aprofundou a percepção de que o problema da legitimidade das decisões políticas não está relacionado apenas, como pensava Rousseau, à expressão da vontade da maioria na formação da vontade geral, mas também está atrelada a um processo de deliberação coletiva<sup>653</sup> que conte com a participação racional e simétrica, sem qualquer coerção, de todos os indivíduos possivelmente interessados ou afetados por decisões políticas<sup>654</sup>.

Contudo, conforme aponta Avritzer, Habermas não cuidou de explicitar os elementos institucionais e/ou decisórios do conceito de deliberação argumentativa, deixando de esclarecer quais os espaços institucionais em que se daria a denominada *democracia deliberativa*<sup>655</sup>, em contraposição à tradicional *democracia representativa*. Para tanto, Avritzer afirma que, a seu ver, o local da democracia deliberativa deve ser os fóruns entre o Estado e sociedade que têm surgido em países como o Brasil (conselhos de políticas públicas e orçamento participativo), a Índia (*Panchaiats*) e os Estados Unidos (arranjos deliberativos que articulam políticas ambientais). O autor argumenta que tais fóruns possuem três características em comum que viabilizam que a argumentação deliberativa ocorra: a cessão de

---

<sup>651</sup> Na obra “A transformação estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa”, inicialmente publicada em 1989 (HABERMAS, Jünger, *The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*. Cambridge, MIT Press, Polity Press), Habermas já demonstra a preocupação com a formação de uma esfera de argumentação pública.

<sup>652</sup> AVRITZER, Teoria democrática..., 2000, p. 36.

<sup>653</sup> Conforme lembram Boaventura de Sousa Santos e Avritzer, Habermas foi o autor que abriu o espaço para que o procedimentalismo passasse a ser pensado como prática social e não como método de constituição de governos. Ao postular um princípio de deliberação amplo, Boaventura e Avritzer destacam que Habermas recola no interior da discussão democrática um *procedimentalismo social e participativo*, o qual tem origem na pluralidade das formas de vida existentes nas sociedades contemporâneas. E, para ser plural, a política teria que contar com o assentimento desses atores em *processos racionais de discussão e deliberação*. Assim, conforme afirmam os autores, o procedimentalismo democrático de Habermas assenta-se numa forma de exercício coletivo do poder político baseado em um processo livre de apresentação de razões entre iguais. (SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 52-53).

<sup>654</sup> HABERMAS, *Direito e democracia*..., 1997, p. 286.

<sup>655</sup> AVRITZER, Teoria democrática..., 2000, p. 41.

um espaço decisório por parte do Estado em favor de uma forma ampliada e pública de participação, o compartilhamento de informações e discussão conjunta de alternativas, e, ainda, a possibilidade de testar múltiplas experiências e resultados<sup>656</sup>.

Na análise de Mauro Serapioni, o moderno debate sobre participação tem apontado, na última década, para a necessidade de se adotar novas abordagens para reforçar a interação e o diálogo entre cidadãos e seus representantes, profissionais e gestores. Na visão do autor, hoje em dia, a prioridade não é mais a de garantir a participação dos cidadãos na definição das políticas públicas, mas a de melhorar a qualidade e a efetividade da participação por meio da promoção de estratégias de inclusão e acesso em favor de determinadas categorias de cidadãos, que geralmente são excluídas não só dos processos de decisão, mas também da sociedade num sentido mais amplo. Por tal motivo, os métodos deliberativos têm recebido atenção crescente por se consubstanciarem em estratégias que fortalecem a participação cidadã<sup>657</sup>.

Os métodos ditos deliberativos representam, assim, uma forma de participação que oferece aos indivíduos a oportunidade de expressar seus pontos de vista, conhecer e compreender as posições de outros participantes, identificar preferências e problemas compartilhados, até se chegar a um juízo fundamentado sobre temas de relevância pública. Dessa forma, pressupõem obrigatoriamente um processo coletivo de tomada de decisão, em que os participantes interessados na discussão dos temas enfrentados têm a oportunidade de convergir sobre uma opinião compartilhada, dando voz e relevância a todos os argumentos apresentados<sup>658</sup>.

Embora os conselhos de políticas públicas possam ser apontados como exemplos institucionalizados de espaços nos quais ocorrem métodos deliberativos, conforme o fez Avritzer, Serapioni aponta, ao tratar especificamente sobre as decisões que afetam a área das políticas públicas de saúde, que as preocupações quanto à concentração das informações nos gestores e nos técnicos e quanto à relação assimétrica entre os conselheiros usuários e os demais representantes são questões que surgem com frequência nas pesquisas realizadas com os Conselhos Municipais de Saúde no Brasil<sup>659</sup>.

---

<sup>656</sup> AVRITZER, Teoria democrática..., 2000, p. 43-44.

<sup>657</sup> SERAPIONI, Mauro. Os desafios da participação e da cidadania nos sistemas de saúde. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*. Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva. 19 (12), p. 4829-4839, 2014, p. 4832.

<sup>658</sup> SERAPIONI, Os desafios da participação..., 2014, p. 4833.

<sup>659</sup> SERAPIONI, Os desafios da participação..., 2014, p. 4834.

Por seu turno, no que se refere aos orçamentos participativos, verifica-se que não há um desenho institucional único que se aplique a todas as experiências<sup>660</sup>. De maneira geral, os orçamentos participativos traduzem-se em procedimentos que incorporam, por meio de consultas e discussões, a opinião da população na formulação do orçamento público, de modo a destinar recursos para áreas específicas. Embora o modelo pioneiro de Porto Alegre, iniciado no ano de 1989, seja considerado até hoje uma referência de funcionamento de orçamento participativo<sup>661</sup>, Lígia Luchmann observa, após compilar diversas informações sobre modelos variados no Brasil e no mundo, que poucas são as experiências que oportunizam espaços ampliados e qualificados de discussão e deliberação popular, reduzindo-se, muitas vezes, a formalidades meramente consultivas, em caráter individual, sem que a população tenha efetivamente a oportunidade de deliberar coletivamente em fóruns, assembleias ou reuniões<sup>662</sup>.

É nesse contexto, em que se analisam as formas institucionalizadas de participação dos interessados nas questões públicas que lhes afetam, que merece destaque o papel dos meios consensuais de resolução de conflitos que envolvem políticas públicas. De fato, conforme aponta Emma Smith, os conflitos de interesse público, ao serem debatidos com os interessados de maneira substancial (isto é, procedimentalmente adequada<sup>663</sup>), em especial tendo em perspectiva a diversidade de soluções e resultados possíveis, qualificam o debate e o discurso, promovem melhor compreensão “do outro” e, conseqüentemente, viabilizam o desenvolvimento de uma sociedade genuinamente inclusiva<sup>664</sup>.

Contudo, para que se avalie se a discussão foi ou não substancial, isto é, capaz de proporcionar relevante impacto nas decisões, há que se ter em vista *quem de fato participou e quem não o fez, como se deu a participação, o que a sua participação significou e quais efeitos a sua participação teve*<sup>665</sup>. Afinal, em um processo democrático ideal, cada um dos afetados

---

<sup>660</sup> LUCHMANN, Lígia Helena Hahn. 25 anos de orçamento participativo: algumas reflexões analíticas. *Revista Política e Sociedade*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 167-197, set./dez. 2014.

<sup>661</sup> Informações detalhadas sobre o funcionamento do orçamento participativo de Porto Alegre podem ser obtidas em: <[http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/default.php?p\\_secao=15](http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/default.php?p_secao=15)>. Acesso em: 24 maio 2018.

<sup>662</sup> LUCHMANN, 25 anos de orçamento..., 2014, p. 176.

<sup>663</sup> Na esteira do que observam Santos e Avritzer, a evolução das práticas democráticas parece partilhar um elemento comum: a percepção da possibilidade da inovação, entendida como participação ampliada de atores sociais de diversos tipos em processos de tomada de decisão. Os autores afirmam que, em geral, esses processos implicam a inclusão de temáticas até então tradicionalmente ignoradas pelo sistema político, a redefinição de identidades e vínculos e o aumento da participação, especialmente no nível local. (SANTOS; AVRITZER, Para ampliar o cânone..., 2002, p. 59).

<sup>664</sup> SMYTH, Emma. Considering democracy and ADR: diversity based practice in public collaborative processes. *Windsor Review of Legal and Social Issues*, 19, p. 13-43, 2011, p. 16.

<sup>665</sup> SMYTH, Considering democracy..., 2011, p. 17.

por determinada decisão deve ter participado de sua formulação. Não é diferente no que se refere aos processos decisórios dos meios consensuais de resolução de conflitos coletivos de interesse público, nos quais o agente mediador ou facilitador deve assegurar que todos os interessados participem das discussões e que os membros à mesa sejam capazes de melhor defender os interesses do grupo que representam, influenciando de maneira efetiva sobre o resultado consensual eventualmente alcançado.

Além disso, Dukes ressalta que é a participação na vida pública que desempenha um papel essencial ao transformar os interesses privados dos indivíduos em preocupações públicas de cidadãos<sup>666</sup>. De fato, esse envolvimento aguça a percepção em relação a direitos e deveres inerentes à cidadania e desenvolve o sentimento de pertencimento a uma determinada comunidade. Como acentua Benjamin Barber, a democracia requer não apenas interesses privados eficientes, mas julgamentos públicos efetivos<sup>667</sup>.

Todavia, ao passo que a participação pode renovar o senso de envolvimento com a comunidade, também é possível que cidadãos tentem utilizá-la para a obtenção de ganhos privados, mediante a manipulação das formas de acesso às decisões públicas. Daí decorre a responsabilidade de que os agentes públicos proporcionem vias de participação que sejam isonômicas e transparentes.

Quando se trata de resolução de conflitos de interesse público, cabe ao agente facilitador ou mediador garantir que os agentes públicos e suas respectivas instituições atentem para essa responsabilidade, proporcionando vias acessíveis à deliberação a todos os eventuais interessados. Com efeito, Barber ressalta que, em uma democracia forte, o funcionamento das instituições deve ser desenhado de modo a facilitar a participação dos cidadãos na definição de agendas, deliberações, legislação e implementação de decisões políticas<sup>668</sup>.

Na visão de Dukes, diante de um conflito de interesse público, um mediador ativo deve promover o livre intercâmbio de ideias diversas e o confronto aberto de opiniões divergentes, e, assim, incentivar a geração de novas formas de pensar e inovações de todos os tipos na tomada de decisões públicas<sup>669</sup>. Afinal, os conflitos não apenas são fatos inevitáveis em uma convivência democrática saudável, mas acabam sendo muitas vezes necessários. Segundo Barber, uma democracia forte resiste à ideia liberal de que o conflito deve ser evitado ou, no máximo, tolerado, ou ainda resolvido mediante adjudicação. Ao contrário,

---

<sup>666</sup> DUKES, *Resolving public conflict:...*, 2006, p. 157.

<sup>667</sup> BARBER, Benjamin. *Strong democracy: participatory politics for a new age*. Berkeley: University of California Press, 1984, p. 173.

<sup>668</sup> BARBER, *Strong democracy:...*, 1984, p. 151.

<sup>669</sup> DUKES, *Resolving public conflict:...*, 2006, p. 163.

desenvolve uma prática que transforma o conflito em forma de cooperação por meio da participação pública nas deliberações e na educação para a cidadania<sup>670</sup>.

Entretanto, essa função transformativa que se atribui ao conflito é alcançada de forma mais efetiva, isto é, obtendo-se as maiores vantagens democráticas possíveis, por meio da adoção de métodos adequados às características dos conflitos em questão. De fato, sobre a necessidade da adequação do método utilizado para a resolução de conflitos que envolvem políticas públicas, destacam Susskind e Cruikshank:

Embora a nossa democracia representativa – com sua inerente separação de poderes – seja a fundação do nosso sistema político, nós precisamos aprimorar as formas que nós utilizamos para resolver disputas que envolvem políticas públicas. Nós precisamos atingir melhores resultados a um custo mais baixo. Em particular, nós precisamos encontrar formas de lidar com as diferenças que vão restaurar a confiança pública nos governos, e ainda melhorar o relacionamento entre os vários segmentos de nossa sociedade.

Felizmente, novas formas de resolver disputas que envolvem políticas públicas têm sido desenvolvidas e testadas nos últimos anos. Os resultados têm sido bastante impressionantes. De fato, existem boas razões para acreditar que (...) aqueles envolvidos em muitas formas de disputas públicas tenham ferramentas disponíveis que poderiam se revelar muito úteis. Essas ferramentas se tratam de abordagens negociadas para a construção de consensos e elas funcionam de forma eficaz em muitas situações. A construção de consenso requer uma interação face-a-face informal entre representantes especialmente escolhidos para falar em nome de todos os grupos interessados; um esforço voluntário de se atingir soluções que proporcionem o maior ganho possível para todos os envolvidos, em vez de uma solução em que uns ganham e outros perdem ou de compromissos políticos dispersos; e, frequentemente, a assistência de um facilitador ou mediador neutro<sup>671</sup>. (Tradução livre)

O direito à participação na formulação e execução das escolhas políticas é um atributo inerente à cidadania. Entretanto, sob um ponto de vista bastante pragmático, não se pode deixar de ter em vista que, diariamente, incontáveis decisões políticas são tomadas por agentes públicos das mais diversas esferas de governo e níveis hierárquicos. Por mais politicamente engajado que seja determinado cidadão, não se revela possível participar –

---

<sup>670</sup> BARBER, *Strong democracy*:..., 1984, p. 135.

<sup>671</sup> “Though our representative democracy – with its separate levels and branches of government – is the foundation of our political system, we need to improve the ways in which we use it to resolve public disputes. We must achieve better results at lower cost. In particular, we need to find ways of dealing with differences that will restore public confidence in government, and improve relationships among the various segments of our society. Fortunately, new approaches to resolving public disputes have been developed and tested over the past few years. The results have been quite impressive. (...) Those tools are negotiated approaches do consensus building and they have worked effectively in many situations. Consensus building requires informal, face-to-face interaction among specially chosen representatives of all “stakeholdin” groups; a voluntary effort to seek “all-gain” rather than “win-lose” solutions or watered-down political compromise; and, often, the assistance of a neutral facilitator or mediator. Such approaches must be treated as supplements – and not alternatives – to conventional decision making”. (SUSSKIND; CRUIKSHANK, *Breaking the impasse*:..., 1987, p. 10-11).

ainda que lhe sejam ofertados canais institucionalizados para tanto – de todas as decisões políticas relevantes. Em regra, conforme observam Bruce Levi e Larry Spears, os cidadãos querem participar de forma significativa e determinante das decisões que afetam diretamente suas vidas<sup>672</sup>, mormente da conformação de políticas públicas que refletem sobre seus mais caros interesses.

Ao tratar sobre a importância da participação direta dos administrados nos processos decisórios levados a cabo no seio da Administração Pública, Onofre Alves Batista Junior pontua que se impõe afastar os dogmas liberais no sentido de que os atos da Administração Pública encontram sua legitimidade democrática exclusivamente nas leis dos parlamentos e dispensam a existência de quaisquer outros mecanismos democráticos. Ressalta o referido autor a necessidade de que seja ultrapassada a crise atual da decisão autoritária em direção a uma nova forma de legitimidade calcada no consenso, o que exige que a Administração Pública procure, com maior frequência, a celebração de acordos por meio de negociações<sup>673</sup>.

Com efeito, a oportunidade de participação facultada ao cidadão pelo processo de construção de consenso em políticas públicas consubstancia-se em eficiente via por meio da qual se exercitam a escuta, a fala, a compreensão, o sopesamento de razões e a possibilidade de influir de forma relevante sobre a decisão final. Trata-se, portanto, à luz da classificação proposta por Nabatchi e Leighninger, mencionada no item anterior, de uma forma de participação verdadeiramente *substancial*.

### **6.3 A construção de consensos em conflitos coletivos que envolvem políticas públicas e sua contribuição para o fortalecimento da democracia deliberativa**

A democracia pode ser conceituada, de uma forma concisa, como um processo de convivência social em que o poder emana do povo e que há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo<sup>674</sup>. Diz-se *processo* por não se tratar de um conceito político abstrato e estático, mas que se desenvolve por meio da afirmação do povo e dos direitos fundamentais que vai conquistando no decorrer da história<sup>675</sup>.

---

<sup>672</sup> LEVI, Bruce; SPEARS, Larry. Public policy consensus building: connecting to change for capturing the future. *North Dakota Law Review*, Grand Forks, v. 70, p. 311-351, 1994, p. 321.

<sup>673</sup> BATISTA JÚNIOR, *Transações administrativas*, 2007, p. 66-67.

<sup>674</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 126.

<sup>675</sup> SILVA, *Curso de direito...*, 2008, p. 126.

Desde a Grécia antiga<sup>676</sup>, diversos autores cuidaram de teorizar a respeito das condições ideais para o exercício da democracia em determinados contextos históricos. Para os fins da presente pesquisa, optou-se por realizar um recorte a partir da concepção de Jean Jacques Rousseau, principal expoente da tradicional *democracia representativa*, até o desenvolvimento da denominada *democracia deliberativa*, cuja teoria é aprofundada por meio de trabalhos recentes de autores como Jünger Habermas, Joshua Cohen, Jon Elster, John Rawls, dentre outros.

Em linhas gerais, compreende-se a democracia deliberativa como um regime no qual as decisões políticas são legitimadas por meio da deliberação pública de cidadãos iguais<sup>677</sup>, de modo que a opinião de cada cidadão deva receber igual consideração e respeito<sup>678</sup>. Conquanto Rousseau tenha sido o filósofo que conferiu à democracia sua moderna formulação<sup>679</sup>, foi na década de 80, segundo David Bohman e William Rehg, que a concepção de democracia deliberativa começou a assumir um significado mais consolidado. O autor que, aparentemente, primeiro cunhou a expressão foi Joseph Bessette, que se colocava contrário a interpretações ditas “elitistas” da Constituição<sup>680</sup>, propugnando por uma visão mais participativa do regime democrático.

Para Jon Elster, um dos expoentes defensores da democracia deliberativa<sup>681</sup>, escolhas privadas descoordenadas conduzem a resultados que são piores para toda a sociedade do que as escolhas que poderiam ser atingidas mediante coordenação, uma vez que, nesse último caso, as preferências podem se transformar mediante uma discussão pública e racional de cidadãos politicamente engajados. Para o autor, o engajamento político pressupõe que os cidadãos adotem uma postura cívica orientada para o bem comum ao tratarem de questões coletivas, e que o envolvimento no debate político acarreta a tendência de que os participantes levem em consideração o interesse público. Assim, a deliberação política requer que os cidadãos possam ir

---

<sup>676</sup> Conforme lembra Gerald Gaus, Aristóteles e seus seguidores já discutiam uma forma ideal de escolha política coletiva baseada em deliberações racionais e fundamentadas (GAUS, Gerald. Reason, justification, and consensus: why democracy can't have it all. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 205).

<sup>677</sup> BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Introduction. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 9.

<sup>678</sup> BOHMAN, James. Deliberative democracy and effective social freedom: capabilities, resources, and opportunities. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 321.

<sup>679</sup> BOHMAN, *Deliberative democracy and...*, 1997, p. 321.

<sup>680</sup> Joseph M. Bessette, “Deliberative democracy: the majority principle in republican government.” In *How Democratic Is the Constitution?*, eds. Robert A. Goldwin and William A. Schambra. Washington: American Enterprise Institute, 1980, p. 102-116.

<sup>681</sup> ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.



além dos interesses privados do mercado e se orientem para o interesse público a ser discutido no “fórum”, espaço esse compreendido como esfera de deliberação pública<sup>682</sup>.

Por seu turno, Habermas se propôs a enfrentar a questão sobre como a deliberação pública dos cidadãos poderia produzir efeitos em relação aos administradores que exercem o poder de governar. A solução para esse desafio baseou-se no reconhecimento da relação estreita que deve existir entre o exercício do poder político e o ordenamento jurídico, isto é, na compreensão de que nos Estados de Direito os governantes são pelo menos constrangidos pelos argumentos e razões suscitados na esfera pública, os quais adentram, em razão de sua racionalidade discursiva, os órgãos representativos com poder formal de decisão<sup>683</sup>.

De acordo com Joshua Cohen, a legitimidade das decisões políticas também deve estar lastreada em um prévio e racional consenso entre cidadãos e, para tanto, propõe-se a desenvolver um procedimento deliberativo ideal que vise a dar concretude a essa legitimidade, identificando as condições que devem ser obtidas para que a ordem social seja regulada por formas deliberativas de escolhas coletivas. Esse procedimento deliberativo ideal, segundo o autor, deve contemplar três aspectos: a necessidade de se estabelecer uma agenda, de serem apresentadas soluções fundamentadas para os problemas dessa agenda e de se concluir mediante a escolha de uma alternativa. Além disso, Cohen entende, assim como Habermas, que os resultados apenas podem ser considerados democraticamente legítimos se puderem ser objeto de livre e racional acordo entre iguais. Dessa forma, o procedimento deliberativo ideal deve assimilar esse princípio<sup>684</sup>.

Ainda segundo Cohen, em uma democracia deliberativa, deve haver condições sociais e institucionais que facilitem as discussões entre cidadãos iguais, fornecendo espaços para participação, associação e expressão. A institucionalização do procedimento de deliberação pressupõe, então, a criação, pelo próprio Poder Público, de arenas nas quais os cidadãos possam apresentar questões à agenda política e debater sobre essas questões. O autor reconhece, entretanto, que o problema está em identificar o modo com que tais arenas

---

<sup>682</sup> ELSTER, Jon. The market and the forum: three varieties of political theory. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 3-33 (originalmente publicado) *The foundations of social choice theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 103-132.

<sup>683</sup> HABERMAS, Jürgen. Popular sovereignty as procedure. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 35-65..

<sup>684</sup> COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 67-91. (publicação original) HAMLIN, A.; PETTIT, P. (Ed.). *The Good Polity*. Oxford: Blackwell, 1989, p. 17-34.

devem estar organizadas para encorajar essa participação e conseqüente deliberação<sup>685</sup> e sugere, dentre outras condições, o financiamento público de partidos como uma forma de possibilitar que cidadãos que não possuam recursos possam superar as desigualdades de participação que decorrem das desigualdades materiais<sup>686</sup>.

Na concepção de John Rawls, o vetor que deve orientar essas deliberações é a denominada “razão pública”, que consiste na forma e na habilidade com que os cidadãos formulam os seus planos, colocam os seus objetivos em ordem de prioridade e tomam decisões de acordo com esses planos e objetivos. Trata-se, em síntese, de um poder moral e intelectual, inerente à capacidade de cada ser humano. Para o autor, a “razão pública” é uma característica das sociedades democráticas, nas quais os seus cidadãos compartilham essa razão e do status de uma cidadania igualitária. Dessa forma, o objetivo central da “razão pública” é o atendimento ao interesse público, valendo-se, para tanto, das estruturas das instituições e dos propósitos que elas devem seguir. Segundo Rawls, essa é a concepção ideal de cidadania para os regimes constitucionais democráticos<sup>687</sup>.

Quando se analisa esse modelo de democracia deliberativa proposto – cada qual com suas particularidades – pelos autores acima citados, percebe-se claramente que se trata de uma projeção considerada ideal do regime democrático, destinada a abarcar os principais procedimentos deliberativos que ocorrem em suas instituições, em especial aqueles que culminam com a produção de leis, com a tomada de decisões políticas governamentais e, ainda, com a prolação de decisões pelo Poder Judiciário<sup>688</sup> (embora, nesse último caso, o objetivo não seja a busca do consenso, mas a criação de condições igualitárias de discurso entre as partes que legitimem a prolação de uma decisão baseada nessa discursividade). Justamente em razão desse caráter de modelo democrático ideal é que não faltaram autores dedicados a apontar as “falhas” ou as insuficiências procedimentais, institucionais e até mesmo conceituais que pudessem dar concretude às mencionadas teorias deliberativas.

Nesse aspecto, Gerald Gaus aponta que o consenso aclamado pelos defensores da democracia deliberativa não é, na prática, factível, haja vista as profundas diferenças de pontos de vista que naturalmente existem entre os cidadãos. Dessa forma, o mecanismo da

---

<sup>685</sup> COHEN, *Deliberation and democratic...*, 1997, p. 85.

<sup>686</sup> COHEN, *Deliberation and democratic...*, 1997, p. 86.

<sup>687</sup> RAWLS, John. The Idea of public reason. In BOHMAN, David; REHG, William (Editors). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 93-94 (originalmente publicado em *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 212-254).

<sup>688</sup> Em sua obra *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, Habermas trata especificamente da aplicação da sua teoria do discurso democrático à prolação de decisões pelo Poder Judiciário (Vide Capítulo V, item III, “Sobre a teoria do discurso jurídico”). HABERMAS, *Direito e democracia:...*, 1997.

votação majoritária revelar-se-ia imprescindível para resolver tais diferenças. Aliás, na concepção do autor, a democracia é necessária justamente porque o consenso não é um ideal político plausível. Por isso, em vez de uma democracia deliberativa, Gaus coloca-se como um defensor da “democracia adjudicativa”, na qual o mecanismo de votação é concebido como uma maneira justa de resolver as divergências profundas sobre o que pode ser publicamente justificado<sup>689</sup>.

Thomas Christiano, ao desenvolver um contraponto às ideias de Joshua Cohen, sustenta que a deliberação pública tem um valor instrumental essencial para a tomada de decisões democráticas e que, para tanto, a igualdade entre os participantes no processo de deliberação pública é imprescindível para a produção de resultados justos<sup>690</sup>. Assim, afirma que o procedimento de deliberação pública democrática não tem a função de conferir justificação política às decisões, uma vez que cada membro participante deve ter a compreensão de que o seu ponto de vista é politicamente justificado. Para o autor, ainda que a visão de cada um dos participantes seja aperfeiçoada por meio das discussões, eles devem ter a compreensão de que a sua visão final é, por si só, politicamente justificada. Dessa forma, não é correto que cada membro pense que o procedimento ideal irá produzir resultados que são politicamente justificados para todos os demais membros, uma vez que, em verdade, cada membro deve pensar no que é politicamente justificado segundo parâmetros que são independentes do procedimento ideal. A importância do procedimento deliberativo não está, pois, no fato de que ele possa produzir decisões mais bem informadas ou mais justificadas politicamente, mas consiste na circunstância de que ela aproxima os membros do ideal de igualdade política, assim entendida como a igualdade de oportunidades de participar das decisões políticas<sup>691</sup>.

Ao tratar especificamente sobre a forma de igualdade necessária ao funcionamento da democracia deliberativa, James Bohman assevera que, para que se atinja uma igualdade capaz de garantir uma forma pluralista e deliberativa de democracia, é necessário que as condições mínimas dos cidadãos não apenas eliminem as possibilidades de tirania, mas que reflitam as condições distributivas que melhor assegurem a efetiva participação de todos os cidadãos na tomada de decisões. Assim, o autor propõe uma espécie

---

<sup>689</sup> GAUS, Reason, justification..., 1997, p. 234.

<sup>690</sup> CHRISTIANO, Thomas. The significance of public deliberation. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 244.

<sup>691</sup> CHRISTIANO, The significance..., 1997, p. 274-275.

de igualdade denominada *igualdade de liberdade social efetiva* (*equality of effective social freedom*), compreendida como a igual capacidade de agir publicamente<sup>692</sup>.

Bohman justifica a necessidade desse tipo de igualdade com base no argumento de que o modelo ideal de democracia deliberativa demanda muitas habilidades dos cidadãos relacionadas à vontade e à capacidade de expressar suas razões e opiniões publicamente, bem como de considerar as razões dos demais<sup>693</sup>. Assim, uma vez que estejam na arena pública, os cidadãos devem receber o necessário respeito e reconhecimento a ponto de serem capazes de influenciar as decisões que lhes afetam em uma direção que lhes seja favorável<sup>694</sup>. Dessa forma, a igualdade de acesso e o reconhecimento social são tidos como requisitos mínimos para uma participação política efetiva. Além disso, empregar argumentos em diálogo público com outros cidadãos requer o alto desenvolvimento de capacidades e habilidades relacionadas com a cognição e a comunicação<sup>695</sup> e a falta de tais atributos para o exercício da cidadania torna menos provável que os resultados das deliberações sejam justos ou legítimos<sup>696</sup>. Para o autor, a desconsideração das diferenças existentes entre as capacidades para agir em público reforça as consequências desiguais de procedimentos e práticas que se dizem igualitários<sup>697</sup>. Por isso, em uma democracia deliberativa, não se pode presumir que os cidadãos são igualmente capazes de fazerem uso de suas oportunidades ou recursos para deliberarem publicamente<sup>698</sup>.

Sob essas perspectivas, Bohman desenvolve a ideia de “igualdade de capacidade”, que se traduz em uma concepção de igualdade que leva em consideração um valor que ele reputa fundamental para uma democracia deliberativa: a pluralidade de atributos humanos e a diversidade de opiniões. De acordo com o autor, diferenças relacionadas a opiniões, preferências e conhecimento são aceitáveis em um processo deliberativo ideal. Contudo, quando se trata de diferenças que acarretam vantagens políticas desproporcionais e persistentes, tais como as condições sociais ou as habilidades para se expressar em público, as condições de deliberação deixam de ser democráticas<sup>699</sup>. Bohman argumenta que alguns cidadãos, ou grupos de cidadãos, podem não gozar de determinadas capacidades para efetivamente usufruírem de seus direitos e liberdades, e, ainda, podem lhes faltar os recursos e

---

<sup>692</sup> BOHMAN, *Deliberative democracy and...*, 1997, p. 321-322.

<sup>693</sup> BOHMAN, *Deliberative democracy and...*, 1997, p. 322.

<sup>694</sup> BOHMAN, *Deliberative democracy and...*, 1997, p. 324.

<sup>695</sup> BOHMAN, *Deliberative democracy and...*, 1997, p. 325.

<sup>696</sup> BOHMAN, *Deliberative democracy and...*, 1997, p. 326.

<sup>697</sup> BOHMAN, *Deliberative democracy and...*, 1997, p. 324.

<sup>698</sup> BOHMAN, *Deliberative democracy and...*, 1997, p. 326.

<sup>699</sup> BOHMAN, *Deliberative democracy and...*, 1997, p. 326.

oportunidades politicamente relevantes para desenvolverem tais capacidades<sup>700</sup>. Assim, decisões tomadas sob condições de persistentes desigualdades de capacidades não podem ser consideradas democraticamente legítimas<sup>701</sup>.

Contudo, Bohman afirma que começar a pensar sobre o desenvolvimento de tais capacidades é apenas uma forma inicial de buscar as reformas necessárias para se alcançar uma atuação pública efetivamente funcional de todos os cidadãos<sup>702</sup>. Em um nível prático, para além de uma educação que prepare os cidadãos para a participação política, assevera que reformas nos procedimentos das instituições poderiam tornar a esfera pública mais inclusiva e aberta<sup>703</sup>.

Na visão de Iris Marion Young, a tomada de decisões políticas apenas se realiza publicamente quando ocorre o diálogo crítico entre a pluralidade de perspectivas socialmente diferenciadas presentes na sociedade<sup>704</sup>. Dessa forma, o processo de discussão e de formulação de decisões democráticas deve incluir todas as perspectivas dos grupos sociais, de modo que os participantes envolvidos possam desenvolver uma compreensão mais abrangente e objetiva das relações sociais, das consequências das ações de cada grupo e de suas respectivas vantagens e desvantagens. Segundo a autora, esse processo não pode ocorrer sem a comunicação entre grupos com diferentes perspectivas, mediante mútuo comprometimento com as discussões públicas que se propõem a resolver problemas coletivos<sup>705</sup>.

Essa breve retrospectiva do pensamento de alguns dos principais teóricos da concepção de democracia deliberativa tem o objetivo de ensejar um contraponto entre esse modelo teórico de regime democrático ideal e o espaço de discussão de políticas públicas proporcionado pelo processo coletivo extrajudicial de construção de consensos, ora tratado nesta pesquisa. Afinal, conforme bem apontou Avritzer, o modelo de democracia deliberativa traçado por seus principais teóricos carece da indicação da forma e dos locais de institucionalização da deliberação pública preconizada por esses autores<sup>706</sup>.

Assim, o processo coletivo extrajudicial apresentado surge como um canal institucionalizado de concretização dos ideais da democracia deliberativa, na medida em que proporciona um espaço procedimental, público e plural, de participação dos interessados na

---

<sup>700</sup> BOHMAN, *Deliberative democracy and...*, 1997, p. 331.

<sup>701</sup> BOHMAN, *Deliberative democracy and...*, 1997, p. 332.

<sup>702</sup> BOHMAN, *Deliberative democracy and...*, 1997, p. 344.

<sup>703</sup> BOHMAN, *Deliberative democracy and...*, 1997, p. 344.

<sup>704</sup> YOUNG, Marion Iris. *Difference as a resource for democratic communication*. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 401.

<sup>705</sup> YOUNG, *Difference as a resource...*, 1997, p. 385.

<sup>706</sup> AVRITZER, *Teoria democrática...*, 2000, p. 43.

solução de controvérsias que abarcam questões de interesse coletivo e que se refletem em escolhas políticas potencialmente consensuais, fruto da deliberação entre membros e representantes que possuem oportunidades isonômicas de influir na decisão final. Além disso, consoante ressaltam Levi e Spears, processos decisórios consensuais proporcionam que os líderes públicos tomem decisões difíceis em um fórum colaborativo e inclusivo<sup>707</sup>.

Com efeito, verifica-se que as condições consideradas ideais de funcionamento da democracia deliberativa, no nível de abstração proposta e descrita por seus teóricos, parecem esboçar um modelo pragmaticamente inatingível, sobretudo em países em desenvolvimento. Afinal, o largo alcance do ideal de igualdade pressuposto para a prática deliberativa requer profundas mudanças na formação educacional dos cidadãos, na criação de oportunidades de preparação para agir na esfera pública e, ainda, na forma cotidiana de se tomar decisões políticas. A discussão sobre como operacionalizar tais mudanças de grande espectro, obviamente, foge ao escopo desta pesquisa.

Contudo, no que concerne ao específico campo de incidência do direito processual coletivo, em seu enfoque extrajudicial, tem-se que a proposta apresentada revela-se factível, desde já, como um valioso instrumento participativo e deliberativo de resolução de controvérsias que envolvem políticas públicas, por todas as razões expostas no decorrer da pesquisa. Não se trata, pois, de uma proposta de processualização do iter de formulação e desenvolvimento de todas as decisões políticas de uma sociedade democrática, mas sim da forma como as suas instituições públicas, associações civis, cidadãos e grupos de cidadãos podem resolver, consensualmente, os conflitos de posições e interesses que nela se verificam.

---

<sup>707</sup> LEVI; SPEARS, *Public policy consensus...*, 1994, p. 323.

## 7 CONCLUSÃO

A identificação de estratégias adequadas de tratamento de conflitos de interesse que recaem sobre bens coletivos constitui desafio que já alcançou até mesmo a preocupação dos economistas, haja vista a potencial capacidade dessas estratégias de resolverem problemas complexos que repercutem diretamente sobre a subsistência e o desenvolvimento pessoal e profissional de muitos indivíduos.

Elinor Ostrom foi uma eminente economista que, antevendo o potencial que ações coletivas – assim compreendidas como iniciativas convergentes de grupos de indivíduos que partilhavam interesses econômicos concorrentes – poderiam significar para a sustentabilidade de um ecossistema simultaneamente explorado por diversos interessados, desenvolveu sua teoria a partir da análise de casos concretos visando a demonstrar a possibilidade de que tais interesses, conquanto individuais, poderiam convergir no sentido de garantir uma solução coletivamente sustentável. À sua época, as ideias de Ostrom foram tidas como inovadoras justamente por contrariarem o pessimismo então dominante de que grupos de indivíduos que possuíssem interesses concorrentes jamais atuariam de forma coordenada, consensual e dialógica para buscar assegurar o atendimento de interesses que lhes fossem comuns.

Transpondo-se o percurso percorrido por Ostrom para os desafios enfrentados no âmbito jurídico, verifica-se que a realização do mesmo esforço, no sentido de descortinar alternativas para problemas recorrentemente judicializados, também se revela como um horizonte necessário do operador do direito. Afinal, se um dos principais fatos sociais que consubstancia a própria razão de ser dos estudos jurídicos é a existência de conflitos de interesses entre indivíduos que convivem em sociedade, não se pode abdicar do desafio de estar em constante busca por soluções que se revelem cada vez mais adequadas para lidar com essa inexorável realidade.

Assim, esta pesquisa partiu da identificação da insuficiência das respostas tradicionalmente apresentadas pelo estudo do processo coletivo judicial para resolver conflitos que, conquanto se mostrem recorrentes no Poder Judiciário, não têm se revelado suscetíveis de alcançarem o almejado patamar de resolutividade que de fato viabiliza o efetivo exercício de direitos pelos cidadãos ou grupos de indivíduos. A partir do estudo de casos verificados em ordenamentos jurídicos estrangeiros, bem como no Brasil, demonstrou-se que os resultados mais promissores, sob o ponto de vista da efetividade do direito material buscado, mesmo após o acionamento da via judicial, foram alcançados mediante a utilização de técnicas consensuais de resolução de conflitos.

Nesse contexto, buscou-se demonstrar que a responsável judicialização de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas não prescinde do adequado tratamento extrajudicial de tais conflitos por meio do denominado processo coletivo extrajudicial. Além disso, evidenciou-se que o próprio processo coletivo extrajudicial, quando conduzido com técnica e expertise adequadas à espécie do conflito, pode se traduzir em instrumento necessário e suficiente à obtenção da solução almejada, de forma consensual.

Para a caracterização do processo coletivo extrajudicial, tomou-se como parâmetro o método de construção de consenso em conflitos de interesse público desenvolvido pela doutrina norte-americana, dado o seu pioneirismo e avanço no tratamento da matéria.

A partir do estudo das etapas e elementos cruciais do processo de construção de consenso mencionado, demonstrou-se a possibilidade de adoção e condução de tal método por parte de instituições públicas e organizações da sociedade civil brasileiras, haja vista a compatibilidade, respectivamente, com suas atribuições funcionais e estatutárias.

Buscou-se explicitar, ainda, a forma pela qual o processo coletivo extrajudicial se traduz em instrumento de controle consensual de políticas públicas, tendo em perspectiva o inerente espaço argumentativo que proporciona mediante a apresentação e troca de informações sobre as escolhas estatais.

Por fim, partindo-se da demonstração da evolução, no cerne da ciência política, da ideia de democracia representativa para a de democracia deliberativa, buscou-se estabelecer uma estreita e pragmática correlação entre o processo coletivo extrajudicial de construção de consensos em políticas públicas e as oportunidades de participação qualificada do cidadão nos espaços públicos, tidos como ambientes de realização de práticas deliberativas, tal como idealizado por seus principais expoentes teóricos.

Espera-se que, com tais contribuições, possam ser despertadas reflexões em relação às atuais práticas dos legitimados à propositura de ações coletivas, colaborando-se para consolidar uma via preferencial consensual de tratamento de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas, em benefício dos interesses das coletividades a que o processo, tanto judicial quanto extrajudicial, visa a tutelar.



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMY, Douglas. The politics of environmental mediation. *Ecology Law Quarterly*, v. 11, n. 1, 1983.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Juruá, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 225, nov. 2013. Disponível em: <[https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro)>. Acesso em: 28 fev. 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado: RPC*, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. *Lua Nova*, n. 49, p. 25-46, 2000.

AVRITZER, Leonardo. *Para uma nova cartografia da justiça no Brasil*. Universidade Federal de Minas Gerais. Observatório da justiça brasileira. Secretaria de Reforma do Judiciário, Belo Horizonte, 2011.

BARBER, Benjamin. *Strong democracy: participatory politics for a new age*. Berkeley: University of California Press, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 139, p. 1-10, 1980. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43129/41792>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados “interesses difusos”. In *Temas de direito processual civil: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 110-123.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2.

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; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111-147.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Morais. Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro 49(2):293-314, mar./abr. 2015.

BARROSO, Luís R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

BASCH, Fernando. Children’s right to early education in the city of Buenos Aires: a case study on acij’s class action. *International Budget Partnership*, 2012. Disponível em: <<http://www.internationalbudget.org/publications/childrens-right-to-early-education-in-the-city-of-buenos-aires-a-case-study-on-acijs-class-action/>>. Acesso em: 12 set. 2017.

BASCH, Fernando. Argentina: enforcing a legal victory for universal access do education. *International Budget Parnership*, 2016. Disponível em: <<http://www.internationalbudget.org/wp-content/uploads/case-study-full-argentina-access-to-education-2016.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O controle preventivo procedimental e as soluções especiais para situações extraordinárias. In FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (Coord.). *Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; VIEIRA, Renato Rodrigues; ADAMS, Luis Inácio Lucena. O desastre de Mariana: atuação interfederativa para superação dos impactos da maior tragédia da história do Brasil. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 02, p. 45-76, abr./jun. 2017.

BAUERMAN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer*. Estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

BELLMAN, Howard; PODZIBA, Susan. Public policy mediation: best practices for a Sustainable World. *Dispute Resolution Magazine*, v. 20, p. 22-25, Spring 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOHMAN, James. Deliberative democracy and effective social freedom: capabilities, resources, and opportunities. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 321.

BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Introduction. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BORGERSEN, Ellen; SHAPIRO, Stephen. The role of class action litigation in achieving child welfare reform: a study in public conflict resolution. *Negotiation Journal*, v. 13, p. 283-299, 1997.

BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Tradução de Claudio Molz e Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Brasília, março de 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 8.058*, de 4 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação n. 44, de 27 de setembro de 2016. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação n. 48, de 13 de dezembro de 2016. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação n. 54, de 28 de março de 2017. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em números 2017*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1934, art. 113, item 38. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 04 abr. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

BURGESS, Heide; SPANGLER, Brad. Consensus building. *Beyond Intractability*, set. 2003. Disponível em: <<http://www.beyondintractability.org/essay/consensus-building>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais: “metodologia fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice*. The worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan: A. Giuffrè, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

CARPENTER, Susan. Choosing appropriate consensus building techniques and strategies. In SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah; THOMAS-LARMER, Jennifer. *The consensus building handbook*. A comprehensive guide to reaching agreement. Thousand Oaks, California: SAGE Publications, 1999. p. 61-70.

CARPENTER, Susan; KENNEDY, W.J.D.. *Managing public disputes: a practical guide for government, business, and citizens' groups*. San Francisco: Jossey-Bass, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 67-91. (publicação original) HAMLIN, A.; PETTIT, P. (Ed.). *The Good Polity*. Oxford: Blackwell, 1989, p. 17-34.

CHRISTIANO, Thomas. The significance of public deliberation. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 244-275.

DIDIER, Fredie. *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: Juspodivum, 2017.

DIDIER, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivum, 2017.

DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. Salvador: Ed. Juspodivum, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

DOUGLAS, Davison. Brown v. board of education after forty years: confronting the promise: the promise of Brown forty years later. *College of William & Mary, William & Mary Law Review*, v. 36, n. 2, p. 337-343, 1995. Disponível em: <lexisnexis.com>. Acesso em: 01 abr. 2017.

DOWNS, Howard. Federal class actions: diminished protection for the class and the case for reform. *Nebraska Law Review*, v. 73, p. 646-711, 1994.

DUKES, Franklin E. *Resolving public conflict: transforming community and governance*. New York: St. Martin's Press, 2006.

ELLIOTT, Michael Poirier. The role of facilitators, mediators, and other consensus building practioners. In SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah; THOMAS-LARMER, Jennifer. *The consensus building handbook*. A comprehensive guide to reaching agreement. Thousand Oaks, California: SAGE Publications, 1999.

ELSTER, Jon. The market and the forum: three varieties of political theory. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 3-33 (publicação original) *The foundations of social choice theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 103-132.

ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambrigde: Combridge University Press, 1998.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FEELEY, Malcolm; RUBIN, Edward. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed america's prisons*. Cambridge University Press: Cambridge, 1998.

FERRARI, A. T. R. *Responsabilização e restauração no cenário das medidas socioeducativas: um diálogo entre a justiça restaurativa e psicanálise*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2014. Disponível em: <[http://www.fafich.ufmg.br/ppgpsicologia/attachments/article/277/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Ana%20Terra%20\(lan%C3%A7ada\).pdf](http://www.fafich.ufmg.br/ppgpsicologia/attachments/article/277/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Ana%20Terra%20(lan%C3%A7ada).pdf)>. Acesso em: 05 maio 2017.

FISHER, Roger; URY, William. *Getting to yes*. London: Penguin Books, 1983. (Como chegar ao sim).

FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington & London: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen. *Against settlement*. Yale law school. Faculty Scholarship Series: Paper 1215, 1984.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 21, p. 212-259, jun. 2000.

GAUS, Gerald. Reason, justification, and consensus: why democracy can't have it all. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997.

GERBER, Scott. Justice clarence thomas and the jurisprudence of race. *Southern University Law Review*, Fall, v. 43, p. 43-98, 1997.

GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 225.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOULART, Marcelo Pedrosa. Função institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, v. 1, n. 1, p. 9-32, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos interesses difusos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 12, 1979. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016/69626>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos direitos difusos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 79, p. 283-307, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 14, jul./set. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. In *Revista de Processo*, ano 33, n. 164, p. 39-61, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias (Coord.). *Relatório pelo direito fundamental à moradia adequada: estudo do caso de ocupações urbanas em Belo Horizonte e região metropolitana. Programa cidade e alteridade: convivência multicultural e justiça urbana*. Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2015.

HABERMAS, Jürgen. Popular sovereignty as procedure. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy. Essays on reason and politics*. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 35-65. (originalmente publicado em *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996, p. 463-490).

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, p. 1243-1248, 13 dez. 1968.

INNES, Judith. *Consensus building: clarifications for the critics*. Planning theory. London, Thousand Oaks, CA and New Delhi: SAGE Publications, 2004.

JÜNGER, Saskia *et al.* Consensus building in palliative care: a Europe-wide delphi study on common understandings and conceptual differences. *Journal of Pain and Symptom Management*. v. 44, n. 2, p. 192-204, august 2012.

KLARMAN, Michael. *Why Brown had such an impact*. 4 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://historynewsnetwork.org/article/4506>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. I, winter, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. Primeiros estudos. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

LEVI, Bruce; SPEARS, Larry. Public policy consensus building: connecting to change for capturing the future. *North Dakota Law Review*, Grand Forks, v. 70, p. 311-351, 1994.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LUCHMANN, Lígia Helena Hahn. 25 anos de orçamento participativo: algumas reflexões analíticas. *Revista Política e Sociedade*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 167-197, set./dez. 2014.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MANCUR, Olson. *The logic of collective action*. Public goods and the theory of groups. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito (nota introdutória). *Revista dos Tribunais*, v. 888, p. 9-36, out. 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito. *Interesse Público*, v. 12, n. 60, mar. 2010.

MARCONI, Marina; LAKATOS, Eva. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

MARRARA, Thiago; GONZALEZ, Jorge Agudo. *Controles da administração e judicialização de políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2016.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria geral do processo*, Salvador: Juspodivum, 2017.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva; VELOSO, Beatriz Aguiar Bovendorp; VARGAS, Cirilo Augusto. O papel da defensoria pública na superação do modelo adjudicatório de acesso à justiça no Brasil. In SENA, Adriana Goulart; ALVES, Lucélia de Sena. *Reflexões acerca do acesso à justiça pela via dos direitos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 69-123.

MENKEL-MEADOW, Carrie. The trouble with the adversary system in a postmodern, multicultural world. *William & Mary Law Review*. v. 38, p. 5-44, 1996.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Mothers and fathers of invention: the intellectual founders of adr. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. v. 16, p. 1-37, 2000.

MENKEL-MEADOW, Carrie. When litigation is not the only way: consensus building and mediation as public interest lawyering. *Journal of Law and Policy*, Washington University, v. 10, n. 37, p. 37-61, 2002.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Corregedoria-Geral. *Recomendação CGMP Nº 2*, de 24 de julho de 2017. Disponível em: <<https://mpnormas.mpmg.mp.br/atosNormativos.php?pid=1&sid=1>>. Acesso em: 31 out. 2017.

MOFFITT, Michael. Frank Sander and his legacy as an ADR pioneer. *Negotiation Journal*, President and fellows of Harvard College, p. 437-440, 2006.

MOORE, Christopher. *The mediation process*. Practical strategies for resolving conflict. Fourth Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2014.

MOSS, Daniel. *Evaluating the use of mediation to settle land use disputes: a loof at the Provincial Facilitator's Office of Ontario* (thesis prepared as partial requirement for the MCP degree at Massachusetts Institute of Technology, 1997).



MULLENIX, Linda. Ending class actions as we know them: rethinking the american class action rule. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, University of Texas School of Law, n. 565, p. 399-449, 2014.

MURALIDHAR, S. *Implementation of court orders in the area of economic, social and cultural rights: an overview of the experience of the indian judiciary*. Geneva: International Environmental Law Research Centre, Working Paper, 2002. Disponível em: <<http://www.ielrc.org/content/w0202.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

NABATCHI, Tina; LEIGHNINGER, Matt. *Public participation for 21st century democracy*. Hoboken, New Jersey: Jossey-Bass, 2015.

NADER, Laura. Disputing without the force of law. *Yale Law Journal*, n. 88, p. 998-1021, 1979.

NADER, Laura. Controlling processes in the practice of law: hierarchy and pacification in the movement to re-form dispute ideology. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 9, p. 1-25, 1993.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

O'LEARY, Rosemary; NABATCHI, Tina; BINGHAM, Lisa. Assessing and improving conflict resolution in multiparty environmental negotiations. *International Journal of Organization Theory and Behavior*, 8 (2), p.181-209, January, 2005.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito. In SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In *Estudos sobre o Amanhã: ano 2000. Caderno 2*. São Paulo, 1978.

ORSINI, Adriana; RIBEIRO, Luiza. *A cooperação judicial como expressão de acesso à justiça*. Texto apresentado no congresso da REDLAJ em 2013.

OSTROM, Elinor. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PARKIN, Jason. Aging injunctions and the legacy of institutional reform litigation. *Vanderbilt Law Review*, v. 70, p. 167-220, 2017.

PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*. Controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINTO, Élidea Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação*. Uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

POLLACK, Malla. O alto custo de não se ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos. In SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

POTAPCHUK, William; CROCKER, Jarle. Implementing consensus-based agreements. In SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah; THOMAS-LARMER, Jennifer. *The consensus building handbook. A comprehensive guide to reaching agreement*. Thousand Oaks, California: SAGE Publications, 1999.

PREIS, Mary. Mediation: who will answer the policy questions? *Maryland Bar Journal*, v. XXVI, p. 25-26, October 1993.

PRIMM, Edith. The neighborhood justice center movement. *Kentucky college of law, Kentucky Law Journal*, 1993.

RAY, Brian. Engagement’s possibilities and limits as a socioeconomic rights remedy. *Washington University Global Studies Law Review*. v. 9, n. 3, p. 399-425, 2010. Disponível em: <[http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1051&context=law\\_globalstudies](http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1051&context=law_globalstudies)>. Acesso em: 09 mar. 2017.

REBELL, Michael; HUGHES, Robert. Schools, communities, and the courts: a dialogic approach to education reform. *Yale Law & Policy Review*, n. 99, p. 99-168, 1996.

REIS, Ludmila Costa. *As ações coletivas e os limites democráticos à judicialização de políticas públicas sociais no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2009.

RENDLEMAN, Doug. Brown ii’s “all deliberate speed” at fifty: a golden anniversary or a mid-life crisis for the constitutional injunction as a school desegregation remedy? *41 San Diego L. Rev.* 1575, Fall, 2004. Disponível em: <[lexisnexis.com](http://lexisnexis.com)>. Acesso em: 03 abr. 2017.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Teoria e prática. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1669-1698, 2011.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Colección Dejusticia, 2010. Disponível em: <[http://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.185.pdf](http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2017.

SÁ, Paula Costa e. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternativas e complementaridade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 158, Activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, 2008.

SABEL, Charles; SIMON, William. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p.1016-1101, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-78.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHLANGER, Margo. Beyond the Hero judge: institutional reform litigation as litigation. Review of judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons, by M. M. Feeley and E. L. Rubin, co-authors. University of Michigan Law School: *Mich. Law Review*, v. 97, n. 6, p. 1994-2036, 1999.

SCHLANGER, Margo. Civil rights injunctions over time: a case study of jail and prison court orders. *University of Michigan Law School, Rev.* 82, n. 2, p. 550-630, 2006.

SENA, Adriana Goulart. Circulação de modelos jurídicos, recepção e mediação. Belo Horizonte: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Número Especial Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, p. 15-28, 2013.

SENA, Adriana Goulart. Conciliação, globalização e flexibilização trabalhista: essencialidades e ensino jurídico. In GUSTIN, Miracy Barbosa; MUNDIM, Fernanda de Lazari Cardoso; PEREIRA, Aline Rose Barbosa (Orgs.). *Cidade e alteridade*. Convivência multicultural e justiça urbana. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SENA, Adriana Goulart; RIBEIRO, Luiza. *A cooperação judicial como expressão de acesso à justiça*. Texto apresentado no congresso da REDLAJ em 2013.

SENA, Adriana Goulart *et al.* A revolução democrática do ensino jurídico. In ENCONTRO DA ANDHEP, 8, 2014, São Paulo. *Anais...*, 2014. São Paulo: ANDHEP, 2014, p. 233-248.

SENA, Adriana Goulart; SILVA, Nathane Fernandes. A pluriparcialidade como novo elemento da mediação: repensando a atuação do mediador a partir das noções de neutralidade, imparcialidade e equidistância. Fortaleza: *Revista Opinião Jurídica*, n. 19, p. 13-32, jul./dez. 2016.

SERAPIONI, Mauro. Os desafios da participação e da cidadania nos sistemas de saúde. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*. Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva. 19 (12), p. 4829-4839, 2014.

SHANKAR, Shylashri; MEHTA, Pratap Bhanu. Courts and socioeconomic rights in India. In Edited by Varun Gauri & Daniel M. Brinks. *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, cap. 4, New York: Cambridge University Press, 2008. p. 146-182.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SMYTH, Emma. Considering democracy and ADR: diversity based practice in public collaborative processes. *Windsor Review of Legal and Social Issues*, 19, p. 13-43, 2011.

SOLER, Raul Calvo. Aspectos básicos de los procesos negociales. In ZORRILLA, David Martinez; SOLER, Raul Calvo. *Introducción a la argumentación y a la negociación*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2009.

SOUSA, Miguel Teixeira de. A tutela jurisdiccional dos interesses difusos no direito português. *Revista de Processo*, v. 30, n. 128, p. 79-107, 2005.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos envolvendo políticas públicas*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014.

SULEIMAN, Lina. The NGOs and the grand illusions of development and democracy. *International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations (Voluntas)*, v. 24, p. 241-261, 2013.

SUSSKIND, Lawrence. Environmental mediation and the accountability problem. *Vermont Law Review*. v. 6, n. 1, p. 7-8, 1981.

SUSSKIND, Lawrence. Resolving public disputes. In *Negotiation strategies for mutual gain: the basic seminar of the program on negotiation at Harvard Law School*. Thousand Oaks: SAGE Publications, 1993, p. 61-76.

SUSSKIND, Lawrence. Multi-party public policy mediation: a separate breed. *Dispute Resolution Magazine*, Fall, 1997.

SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the impasse: consensual approaches to resolving public disputes*. [s.l.]: BasicBooks, 1987. v. 24.

SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah. *Evaluating the use of mediation to resolve wetlands appeal cases: analysis and recommendations*. CBI, Cambridge, MA: [s.n., s.d.].

SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah. The evolution of public policy dispute resolution. *Journal of Architectural and Planning Research*. Chicago: Locke Science, Publishing Company, Inc, 1999.

SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah; THOMAS-LARMER, Jennifer. *The consensus building handbook. A comprehensive guide to reaching agreement*. Thousand Oaks, California: SAGE Publications, 1999.

SUSSKIND, Lawrence; THOMAS-LARMER, Jennifer. Conducting a conflict assessment. In SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah; THOMAS-LARMER, Jennifer (Org.). *The consensus building handbook. A comprehensive guide to reaching agreement*. Thousand Oaks, California: SAGE Publications, 1999.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Editora Método, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. *A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual*. Tese (Doutorado) – Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2003.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; REIS, Ludmila Costa. As ações coletivas e a judicialização de políticas públicas no estado democrático de direito: possibilidades e limites. *MPMG Jurídico*, v. 17, p. 33-36, 2009.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; REIS, Ludmila Costa. Meios autocompositivos de resolução de conflitos coletivos: reflexões sobre a adequação da técnica em favor da efetividade. *Revista Opinião Jurídica*, v. 14, n. 19, p. 195-209, 2016.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; BRANT, João Paulo Alvarenga. O sistema de precedentes no direito brasileiro e a limitação do arbítrio judicial. Curitiba: *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, v. 2, n. 2, p. 41-59, jul/dez 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/1266/1942>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* London: Verso, 1996. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/en/wp-content/uploads/2017/01/what-should-legal-analysis-become.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy realized: the progressive alternative*. Nova Iorque: Verso, 1998.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 387-408, jul./dez. 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Fórum: Belo Horizonte, 2016.

VAN TUIJL, Peter. NGOs and human rights: sources of justice and democracy. *Journal of International Affairs*. Spring, v. 52, p. 493-512, 1999.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Experimentalismo judicial. *Folha de São Paulo*, 03/05/2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2014/05/1448931-experimentalismo-udicial.shtml>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

VIOLIN, Jordão. *Processo coletivo e protagonismo judiciário: o controle de decisões políticas mediante ações coletivas*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

WATANABE, Kazuo. *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. v. 22.

YEAZELL, Stephen. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles School Case. *UCLA Law Review*. v. 25, p. 244-260, 1977-1978.

YOUNG, Marion Iris. Difference as a resource for democratic communication. In BOHMAN, David; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge (MA): The MIT Press, 1997, p. 401.

ZAMIR, Ronit. Can mediation enable the empowerment of disadvantaged groups? A narrative analysis of consensus-building in Israel. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 16, p. 193-257, Spring, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZEINEMANN, Robert. The characterization of public sector mediation. *Environmental Law and Policy Journal*, v. 24, n. 2, p.49-63, 2001.