



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a373>

Data de submissão: 27/3/2024

Data de aprovação: 10/6/2024

Processo estrutural, compromissos constitucionais e cooperação: o caso da ação civil pública das vagas de graduação¹

Structural process, constitutional commitments and cooperation: The class action case of undergraduate vacancies

Proceso estructural, compromisos constitucionales y cooperación: El caso de la acción civil pública de las vacantes de graduación

Gisele Santos Fernandes Góes²

Universidade Federal do Pará (Belém, PA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2104-2889>

E-mail: gisele.goes@ufpa.br

Raimundo Rolim de Mendonça Júnior³

Universidade Federal do Pará (Belém, PA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-3550-0542>

E-mail: rolim@leamosrolim.adv.br

João Paulo Baeta Faria Damasceno⁴

Faculdade Cosmopolita (Belém, PA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3412-9550>

E-mail: baeta@leamosrolim.adv.br

¹ GOÉS, Gisele Santos Fernandes; MENDONÇA JÚNIOR, Raimundo Rolim de; DAMASCENO, João Paulo Baeta Faria. Processo estrutural, compromissos constitucionais e cooperação: o caso da ACP das vagas de graduação. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 283-310, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a373>.

² Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Pará (Brasil). Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil). Mestre pela Universidade Federal do Pará (Brasil). Membro do Instituto Ibero-americano de Derecho Procesal (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação dos Professores de Processo das Regiões Norte e Nordeste do Brasil (ANNEP). Secretária da Região Norte (IBDP). Procuradora Regional do Trabalho. Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ/CAPES Observatório de Tutela Coletiva e Estrutural. Certificado: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3133837540640858>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1305423832262115>.

³ Doutorando na Universidade Federal do Pará (Brasil). Mestre pela Universidade da Amazônia (Brasil). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade da Amazônia (Brasil). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação dos Professores de Processo das Regiões Norte e Nordeste do Brasil (ANNEP). Advogado. Pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPQ/CAPES Observatório de Tutela Coletiva e Estrutural. Certificado: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3133837540640858. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6222077723776903>.

⁴ Professor da Faculdade Cosmopolita (Brasil). Mestre pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Membro da Associação dos Professores de Processo das Regiões Norte e Nordeste do Brasil (ANNEP). Assessor Jurídico da

Resumo

O artigo questiona se a intervenção do Judiciário, por meio do processo estrutural, seria compatível com o sistema constitucional brasileiro. Utiliza o método dedutivo, tendo como ferramentas de pesquisa o estudo da bibliografia sobre o tema e a análise de caso concreto. Apresenta breve contorno acerca do processo estrutural: objetivo, fundamento e características. Partindo da premissa de apresentar modelo de adjudicação inovador na prática jurídica brasileira, analisa sob quais parâmetros o juiz pode atuar diante da possibilidade de intervenção na implementação de políticas públicas e qual o papel da cooperação como fato legitimador. Na quarta seção, investiga a ideia de compromissos constitucionais e qual forma de intervenção pelo Judiciário pode ser acomodada ao sistema brasileiro, na perspectiva dos compromissos constitucionais. Conclui que a análise dos litígios estruturais pelo Judiciário deve valer-se de instrumentos que viabilizem o diálogo interinstitucional e possibilitem a participação dos atingidos pelas políticas públicas implementadas.

Palavras-chaves

Processo estrutural; compromissos constitucionais; políticas públicas; cooperação; diálogo.

Sumário

1. Introdução. 2. Notas sobre o processo estrutural. 3. Decisões estruturantes e as formas de atuação do Estado-juiz. 4. Compromissos constitucionais: entre teoria e prática. 5. O devido processo estrutural: leitura a partir do caso da ação civil pública das vagas de graduação e a etapa de heteroidentificação. 6. Conclusão.

Abstract

The article questions if the intervention of the Judiciary, through the structural process, would be compatible with the Brazilian constitutional system. It uses the deductive method, having as research tools the study of the bibliography on the theme and concrete case analysis. It presents a brief outline about the structural process: objective, foundation and characteristics. Starting from the premise of presenting an innovative award model in Brazilian legal practice, it analyzes under which parameters the judge can act in the face of the possibility of intervention in the implementation of public policies and what is the role of cooperation as a legitimizing fact. In the fourth section, the idea of constitutional commitments is

Procuradoria Federal Junto à UFPA vinculada à Advocacia-Geral da União (PF/UFPA/AGU). Advogado. Pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPQ/CAPES Observatório de Tutela Coletiva e Estrutural. Certificado: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3133837540640858. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1696816137649894>.

investigated and what form of intervention by the Judiciary can be accommodated to the Brazilian system, from the perspective of constitutional commitments. It concludes that the analysis of structural disputes by the Judiciary should make use of instruments that enable interinstitutional dialogue and enable the participation of those affected by the public policies implemented.

Keywords

Structural litigation; constitutional commitments; public policies; cooperation; dialogue.

Contents

1. Introduction. 2. Notes on the structural process. 3. Structuring decisions and the forms of action of the State-judge. 4. Constitutional commitments: between theory and practice. 5. The proper structural process: reading from the class action case of the graduation vacancies and the hetero-identification stage. 6. Conclusion.

Resumen

El artículo cuestiona si la intervención del Poder Judicial, a través del proceso estructural, sería compatible con el sistema constitucional brasileño. Utiliza el método deductivo, teniendo como herramientas de investigación el estudio de la bibliografía sobre el tema y el análisis de caso concreto. Presenta un breve contorno sobre el proceso estructural: objetivo, fundamento y características. Partiendo de la premisa de presentar un modelo de adjudicación innovador en la práctica jurídica brasileña, analiza bajo qué parámetros puede actuar el juez ante la posibilidad de intervención en la implementación de políticas públicas y cuál es el papel de la cooperación como hecho legitimador. En la cuarta sección, se investiga la idea de compromisos constitucionales y qué forma de intervención por parte del Poder Judicial se puede acomodar al sistema brasileño, desde la perspectiva de los compromisos constitucionales. Concluye que el análisis de los litigios estructurales por parte del Poder Judicial debe recurrir a instrumentos que permitan el diálogo interinstitucional y permitan la participación de los afectados por las políticas públicas implementadas.

Palabras clave

Proceso estructural; compromisos constitucionales; políticas públicas; cooperación; diálogo.

Índice

1. Introdução. 2. Notas sobre el proceso estructural. 3. Decisiones estructurantes y las formas de actuación del Estado-juez. 4. Compromisos constitucionales: entre teoría y práctica. 5. El debido proceso estructural: lectura a partir del caso de la acción civil pública de las vacantes de graduación y la etapa de heteroidentificación. 6. Conclusión.

1. Introdução

O estudo do processo estrutural ganhou relevo no cenário brasileiro nos últimos anos. Parcela da doutrina acredita que isso decorra da Medida Cautelar (MC) concedida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347/DF, cuja decisão reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema prisional do Brasil. A partir dessa decisão, compreendida como paradigmática, a já existente produção acadêmica sobre o tema cresceu exponencialmente, com a publicação de várias obras específicas⁵.

Contudo, é importante lembrar que a origem do processo estrutural remonta ao direito norte-americano, especialmente com o emblemático caso *Brown v. Board of Education*, na década de 1950/60, com objetivo de corrigir a desconformidade da política segregacionista do sistema de educação dos Estados Unidos. Isso significa, portanto, que as discussões teóricas iniciais versam sobre instituto estranho ao direito brasileiro, de modo que sua incorporação ao nosso sistema deve ser avaliada com cautela. O direito comparado como fonte jurídica instrumental ao ordenamento jurídico brasileiro não deve dispensar de maiores reflexões para a sua imediata aplicação ao cenário jurídico nacional, haja vista as particularidades oriundas de cada sistema jurídico, como as condições sociais, econômicas e culturais⁶.

Sob essa perspectiva, é necessário que a aproximação dos estudos seja precedida de profundo compromisso com a integridade do sistema de justiça nacional. É

⁵ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. As dificuldades epistêmicas para a formulação de uma teoria dos processos estruturais no Brasil. *Revista do Direito*, n. 66, p. 91-111, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/15739>. Acesso em: 17 jul. 2024. ARRUDA, Paula Uematsu. Remédios sem direitos?: a essencialidade da interpretação substancial dos direitos econômicos e sociais para o sucesso dos compromissos significativos. In: CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha (org.). *Processos estruturais no Sul Global*. Londrina: Thoth, 2022. p. 115-131.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, v. 25, n. 99, p. 147, jul./set. 2000.

nessa diretriz que este artigo busca tecer comentários, como forma de verificar qual o modelo de processo estrutural – no que tange especificamente à decisão judicial – mais se amolda ao modelo constitucional brasileiro.

Após a introdução, a segunda seção apresenta breves noções a respeito do modelo de adjudicação realizada pelo processo estrutural, fixando as premissas e as bases desse processo, incluindo o pensamento da doutrina brasileira acerca do conceito de processo estrutural.

A seção seguinte tem como objetivo apresentar as formas de intervenção do Poder Judiciário nos litígios estruturais ou estruturantes (com foco nas decisões estruturantes), especificamente em relação à separação de poderes (objeção bastante comum quando o processo estrutural é pautado nas discussões acadêmicas). Logicamente, um Judiciário com postura isolada, sem qualquer critério ou deferência às externalidades e vicissitudes das consequências do caso concreto, representa a intromissão de um poder no outro. Contudo, a doutrina apresenta alternativas, em um esforço argumentativo, para comportar as decisões estruturantes dentro de uma métrica de conformidade ao dogma da separação dos poderes.

Na quarta seção, busca-se fazer uma investigação do processo constitucional brasileiro, como forma de identificar por meio de qual ou quais formas o constituinte estabeleceu algum formato de intervenção do Judiciário em questões de políticas públicas e ainda em relação às decisões políticas agudas.

Por fim, busca-se revelar em qual medida decisões estruturantes podem ser viabilizadas dentro da lógica constitucional sem representar a usurpação de competência de poderes. Nesse sentido, será utilizado estudo de um caso concreto que serve como ponto de reflexão da decisão estruturante consentânea ao posicionamento institucional dos poderes.

2. Notas sobre o processo estrutural

Como o objetivo do artigo é fazer um paralelo sobre qual a melhor forma de se estabelecer interação entre a intervenção judicial na realidade de decisões estruturantes e o paradigma constitucional brasileiro, é coerente que sejam apresentadas ao conceito de processo estrutural as notas apontadas na doutrina nacional. Elencam-se três importantes referências doutrinárias sobre o tema, como forma de agrupar as principais características do assunto.

Ressalva-se que o desiderato da presente seção não é alcançar a completeza do conceito de processo estrutural, muito menos buscar fechar de modo hermético o que seria o processo estrutural, mas tão somente apresentá-lo, com base em alguns dos principais autores que repercutem no cenário acadêmico e também jurisprudencial, o que pode trazer elementos relevantes para o adequado significado e a condução dos litígios estruturais pelo Poder Judiciário.

Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti e Rafael Alexandria⁷ partem do conceito de problema estrutural para expor os componentes do processo estrutural. Para os autores, o processo estrutural tem como escopo implementar medidas estruturantes para contornar uma determinada estrutura burocrática em desconformidade com o ordenamento jurídico, encaminhando para uma situação de conformidade institucional. Apresentam dois grupos para caracterizar o processo estrutural: o primeiro grupo de características típicas essenciais (problema estrutural, procedimento bifásico, consensualidade e implementação de um estado ideal de coisas); e o segundo grupo formado por características típicas, mas não essenciais (multipolaridade, complexidade e coletividade).

Duas notas são importantes em função da referida conceituação. A primeira delas frisa os critérios para a configuração de um processo estrutural, de forma que é necessária a presença de todas as características essenciais listadas anteriormente. As não essenciais são apenas indícios de um processo estrutural, ou seja, a ausência dos caracteres de multipolaridade, complexidade e coletividade não é imprescindível para se ter um processo estrutural. O segundo ponto digno de nota é justamente sobre a relevância (no caso, a não relevância) do elemento *coletividade*, pois não delinea essa característica como elementar ao processo estrutural.

Tal aspecto se torna importante do ponto de vista teórico – principalmente no que concerne à objeção democrática –, pois permite que demandas individuais possam veicular litígios estruturais. Desse modo, poderia verificar a implementação de medidas de ampla repercussão oriundas de adjudicação entre particulares, sem traço de coletividade, prejudicando, ao menos em uma primeira análise, a confiança na legitimidade da decisão estrutural, ao passo que sua construção careceria de pluralidade participativa.

⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 45, n. 303, p. 45-81, maio 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/42872474/ELEMENTOS_PARA_UMA_TEORIA_DO_PROCESSO_ESTRUTURAL_APLICADA_AO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO. Acesso em: 17 jul. 2024.

Edilson Vitorelli também apresenta substancial contribuição para o marco teórico do processo estrutural, elaborando uma importante obra do tema⁸. Argumenta que o processo estrutural essencialmente tem natureza coletiva, pautada na atuação jurisdicional para reorganização de uma determinada estrutura que promove ou permite violação de direitos.

Para o autor, portanto, o litígio estrutural apresenta como traço basilar a coletividade, sendo ponto crucial que o litígio em questão não seja restrito ao processo individual, mas, sim, composto por, ao menos, um grupo de pessoas que são vislumbradas pela parte contrária como um conjunto, sem diferenciações que as individualizem.

Para além desse traço diferencial, Vitorelli aponta que o processo estrutural representa meio adequado para solução de litígios estruturais, com a finalidade de readequar uma determinada estrutura que esteja funcionando de forma inadequada⁹.

No mais, a doutrina apresenta algum grau de consenso quanto aos atributos do processo estrutural. Dentre eles, destaca-se o afastamento da lógica do processo tradicional de forma estanque, havendo, no processo estrutural, fluidez quanto aos interesses das partes, como bem destaca Sérgio Cruz Arenhart:

Assim, cabe à parte autora determinar exatamente aquilo que pretende em juízo, devendo o juiz observar esses limites em sua atuação. Ora, é fácil perceber que a discussão judicial de políticas públicas implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas. As necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião. Isso impõe uma dificuldade imensa para o autor da demanda em determinar, no início do litígio, exatamente aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Por isso, neste campo, exige-se que esse princípio tenha sua incidência atenuada, permitindo que o juiz possa, em certas situações, diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da inadequação da “tutela” pretendida pelo autor na petição inicial, extrapolar os limites do pedido inicial¹⁰.

⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 65.

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1ª Região, v. 29, n. 1/2, p. 73, jan./fev. 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109152/processos_estruturais_direito_arenhart.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

Outro atributo marcante envolve o cumprimento das decisões estruturais, as quais se resolvem de modo paulatino com característica de tentativa e erro, sendo produzida em cascata, ao longo do desenrolar do procedimento.

Ainda é de se ressaltar a natureza prospectiva das decisões estruturais, rompendo a lógica de mera reparação dos fatos pretéritos, voltando suas atenções para impactos futuros dos processos estruturais. Desse modo, tem-se que o objetivo do processo estrutural é promover um ambiente conformado à licitude e à regularidade de uma determinada situação antes desorganizada.

O propósito do processo estrutural é perseguir um procedimento com a finalidade de reorganizar determinada situação de ilegalidade, desconformidade, para uma situação de legalidade e conformidade. Essa transformação de uma determinada estrutura burocrática de uma situação “A” para uma situação “B” tem como elemento central questões atinentes a direitos constitucionais, sendo ao menos o ponto de partida, conforme leciona Owen Fiss:

Agora, o ponto de partida para o modelo de reforma estrutural é bastante diferente do da solução de controvérsias. No caso “*Brown vs. Board of Education*” não se lida com desejos ou preferências individuais. Trabalha-se com valores aos quais foi dado *status* constitucional; isso porque a Constituição não é meramente um texto normativo, mas ela também investe de autoridade certos valores que devem reger as operações do Estado¹¹.

Depreende-se que o fundamento do processo estrutural, ao menos na concepção tradicional e original da doutrina, é voltado para os reclames de valores eminentemente constitucionais e, conforme as notas de Fiss, para as demandas que guardam cunho de apelo público não atinente a “desejos e preferências individuais”.

Partindo dessa premissa, o processo estrutural passa a contar com dois pontos de contato com o direito constitucional. Um deles é referente à supramencionada caracterização do processo estrutural como o meio de concretizar os valores constitucionais; e o segundo está relacionado à forma como esse modelo de adjudicação

¹¹ FISS, Owen M. Modelos de adjudicação/Models of adjudication. **Caderno Direito GV**, v. 1, n. 8, p. 32, nov. 2005. Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School): salão nobre da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo, 13 de junho de 2005. Organização: Direito GV e IDESP. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/962cfcfc-18c6-41ae-b386-7627a4387af4/content>. Acesso em: 17 jul. 2024.

pode ser dimensionado na teoria constitucional brasileira, especialmente na possível interferência do Poder Judiciário na promoção de políticas públicas e um indevido ruído na teoria da separação dos poderes.

A pesquisa central desse artigo parte justamente desse segundo ponto de contato entre as decisões estruturantes e o resguardo da teoria da separação dos poderes.

3. Decisões estruturantes e as formas de atuação do Estado-juiz

A principal crítica que a teoria estrutural recebe está direcionada à possibilidade da indevida intervenção do Judiciário na promoção e realização de políticas públicas, as quais deveriam ficar a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo. A atuação judicial na promoção de determinadas ações gerenciais ou executórias representaria um *plus* que extrapola a atividade jurisdicional das demais esferas de poder¹².

Essa crítica estaria fundamentada na carência de legitimidade do Estado-juiz para a promoção de qualquer ato executivo referente à aplicação de recursos, ou mesmo em dotar de sentido determinado comando ou garantia constitucional, haja vista que seus membros não foram submetidos ao escrutínio popular. Além do mais, faltaria ao Judiciário ingerência em dotações orçamentárias, bem como responsabilidade no que toca ao sucesso ou insucesso das políticas implementadas.

Todavia, tais argumentos, necessariamente, acabam cedendo, quando se deparam ao amplo conteúdo normativo teórico da Constituição da República Federativa de 1988 – CRFB/1988, bem como da escalada teórica da doutrina que persegue a consecução dos direitos fundamentais e sociais, por meio da ampliação da atuação estatal nos mais variados temas da sociedade, independente de demandas judiciais, de porte individual ou coletivo, pois deve preponderar a obrigação do Estado em promover efetivamente a concretização desses direitos¹³. Em outras palavras, é dizer, o rol de direitos e garantias constitucionais, bem como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, não permite ao Judiciário complacência em relação ao Estado omissor na aplicação e observância de políticas públicas estabelecidas no texto constitucional.

¹² VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 87.

¹³ ALBUQUERQUE, Felipe Braga; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 645, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/505>. Acesso em: 19 jun. 2023.

Nesse sentido, o próprio comando constitucional estabelecido no art. 5º, XXXV, CFRB/1988 informa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A inércia dos governantes na promoção de determinado direito, ou inobservância de determinadas garantias, clama a atuação jurisdicional, conforme posicionamento das Cortes de vértice, com bastante destaque, nesse rumo, a decisão do Relator da ADPF 45, no ano de 2004¹⁴.

A autocontenção judicial, portanto, parece não ser uma medida adequada ao Estado-juiz quando este se depara com a omissão do poder público, porque o próprio Judiciário não pode incorrer no mesmo desacerto, tendo em mira que sua função institucional é de tornar concretas as premissas constitucionais. Frisa-se que as promessas constitucionais não se restringem apenas à forma de organização estatal, mas representam, também, a concretização dos compromissos do constituinte originário.

O questionamento no tocante à intervenção do Poder Judiciário em determinadas situações que poderiam significar a interferência em outros poderes da República se mostra, portanto, ultrapassado.

David Landau's article, The Reality of Social Rights Enforcement, is an important contribution to a growing literature on the judicial role in enforcing social and economic rights. He joins others in noting that debate has ended over whether constitutions should include such rights and whether, if included, those rights should be judicially enforceable. Not “whether,” but “how” is the question now on the table among serious scholars and judges¹⁵.

Em verdade, não se trata sequer de inovação doutrinária da teoria do processo estrutural, mas, sim, da decorrência lógica de uma leitura atenta do Texto Constitucional, citado anteriormente (art. 5º, XXXV, CFRB/1988).

Sob esse argumento, o próximo passo deve jogar luzes para a forma como essa decisão pode desenvolver-se e se conformar ao sistema jurídico brasileiro. Essa reflexão deve ser balizada por meio dos próprios instrumentos constitucionais existentes, na rota de se apurar a existência de sinais de como o constituinte originário

¹⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 95.

¹⁵ TUSHNET, Mark. A response to David Landau. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 189, p. 155, 2012. Disponível em: https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

pensou a intervenção judicial nos casos de omissões, e, também, com apoio na própria teoria constitucional.

Antes, contudo, impõe-se a necessidade de caracterizar as formas como o Estado-juiz pode interagir com os demais poderes. Nesse sentido, há três formas relacionadas na doutrina: *strong-form review*, *weak-form review* e, ainda, o experimentalismo¹⁶.

A *strong-form review* representa um modo mais contundente de atuação do Judiciário, haja vista que o mesmo apresenta a última palavra, quanto ao sentido da norma constitucional violada, e indica de qual forma a política deverá ser implementada¹⁷.

Já a *weak-form review* tem como elemento diferencial a construção conjunta de um diálogo como forma de obtenção da melhor solução para a reestruturação de determinada estrutura em desconformidade. Nessa modalidade, há grande interação interinstitucional retirando do Judiciário o protagonismo da decisão final, respeitando as visões dos demais poderes, a partir da compreensão global e efetiva das diversas variáveis que orbitam o problema¹⁸.

Em relação ao experimentalismo, pode-se dizer que guarda as mesmas características da *weak-form review*, com o acréscimo da necessidade da participação democrática ao longo do processo decisório¹⁹. Conforme destacam Hugo Segundo e Matheus Serafim²⁰, no *experimentalismo* há enorme abertura para a parcela da população afetada, como forma de melhor contribuir para a solução mais participativa e democrática.

¹⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, p. 1071, Feb. 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/context/faculty_scholarship/article/1824/viewcontent/117_Harv.L_Rev_1016.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

¹⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. As dificuldades epistêmicas para a formulação de uma teoria dos processos estruturais no Brasil. p. 99.

¹⁸ TUSHNET, Mark. A response to David Landau. p. 163.

¹⁹ FISS, Owen M. Modelos de adjudicação/Models of adjudication. p. 36.

²⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. As dificuldades epistêmicas para a formulação de uma teoria dos processos estruturais no Brasil. p. 99.

Três características merecem ser anotadas no emprego do experimentalismo: i) negociação entre as partes; ii) intervenção judicial a partir de regras gerenciais de propostas de ações; e iii) transparência e publicidade das ações²¹.

Dentro dessas possibilidades de atuação do Poder Judiciário, em contexto de processos estruturais, busca-se justamente verificar qual a forma mais calibrada para compatibilizar essa ferramenta processual com o ordenamento jurídico nacional, resguardando a teoria da separação dos poderes, de forma a precaver uma crise institucional entre eles.

Desse modo, captada sob quais intensidades a intervenção judicial pode ocorrer, busca-se examinar quais são os elementos contidos na própria Constituição para moldar, de forma adequada, as decisões estruturantes à teoria constitucional.

4. Compromissos constitucionais: entre teoria e prática

Em sociedades fora do eixo Europa-Estados Unidos e que contam com democracias mais jovens, como as da América Latina, o palco de atuação do Poder Judiciário é certamente mais complexo e delicado, o que ocorre em virtude das instabilidades políticas e fragilidades institucionais que lhes são peculiares²², além da clara conexão com aspectos do próprio conteúdo assecuratório de direitos fundamentais de suas respectivas Constituições.

No Brasil, após longo período autoritário, a CRFB/1988 promove inauguração de um novo momento, com a orientação de transformação da realidade em uma sociedade mais justa, solidária, igualitária e sem os odiosos ranços de discriminação de raça, gênero, orientação sexual ou etnia. A complexidade do processo constituinte que resultou em um texto constitucional vanguardista, muito embora a composição da assembleia constituinte fosse claramente conservadora e masculina, pode ser resumida nos contrapontos entre as elites burocráticas e os movimentos sociais, entre o liberalismo e o intervencionismo estatal e entre o presidencialismo e o parlamentarismo²³.

²¹ BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider van der. **Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo**: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas. Londrina: Thoth, 2021. p. 62-63.

²² LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**: poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 93.

²³ PRADO, Anna Priscylla Lima. **Controle de constitucionalidade estruturante**: um desafio à superação das crises do sistema democrático brasileiro. São Paulo: Dialética, 2022. p. 52-27.

Oscar Vilhena Vieira chama de compromisso maximizador esses fatores que se conjugaram para resultar em uma Constituição mais progressista que o perfil dos membros da constituinte, que seria fruto de uma grande desconfiança entre os atores políticos envolvidos, da ausência de um projeto que servisse de linha mestra para o desenho constitucional, da pulverização partidária e da forte participação popular na primeira fase do projeto em virtude das regras regimentais do Congresso²⁴.

Especificamente quanto ao Poder Judiciário, ao teorizar sobre os motivos que levam determinadas democracias a optar pela revisão judicial das leis, Tom Ginsburg assevera que a política é elemento determinante, pois as expectativas dos constituintes em relação ao respectivo futuro político (aspectos eleitorais) moldam as características e o poder atribuído à instituição²⁵. Como se não bastasse, o deslocamento da tomada de decisão para o Poder Judiciário teria a vantagem de diminuir os custos políticos e os riscos aos agentes e instituições envolvidas, especialmente em relação à opinião pública. Outro aspecto seria a possibilidade de utilização da aparência técnica, apolítica e imparcial das Cortes em benefício próprio e de seus interesses, além de transferirem o desgaste que poderia refletir em sua imagem²⁶.

Nessa senda, é interessante pontuar que, entre as diversas críticas endereçadas à CRFB/1988, ganhou espaço a alegação da ineficácia material do texto constitucional, sob o argumento de que o Estado não teria condições de efetivação do extenso rol de direitos e garantias ali contidos, geradores, inclusive, de conflitos hermenêuticos.

Ocorre que, ao lado de um texto constitucional extenso e detalhista, com grande rol de direitos e garantias, o Poder Judiciário foi posto no centro do sistema político brasileiro, cabendo-lhe tutelá-lo, arbitrando disputas e conferindo a última palavra sobre a hermenêutica constitucional, inclusive quando tratar de temas políticos, econômicos, morais ou sociais. Na realidade dos diversos compromissos constitucionais, assumiria o Poder Judiciário em geral, e o STF, em particular, a

²⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 117.

²⁵ GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.

²⁶ HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgl/vol11/iss1/4/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

incumbência de “pagador de promessas” do constitucionalismo brasileiro transformador para concretização dos direitos fundamentais e sociais encartados na CRFB/1988²⁷.

É certo que a relevância do STF como guardião da CRFB não exclui, sob nenhuma perspectiva, a necessidade de que outras instituições e a própria sociedade (povo) sejam partícipes no processo de construção do sentido do texto constitucional²⁸. Essa preocupação constitui objeto da última seção deste artigo, que parte da constatação do que se observa hoje na prática corrente. Asseverar a função assumida pelo Judiciário na realidade normativa imposta pela CRFB/1988 não significa afirmar a correção de todas as decisões tomadas pela Corte, tampouco significa levantar a bandeira da indevida ofensa ao dogma da separação de poderes²⁹, mas permite, de modo crítico, analisar os erros e acertos que resultem da atuação judicial e esquadriñar as diversas formas como tal atuação pode concretizar-se.

Assim, esta seção deve ser lida sob duas acepções: a primeira relacionada à forma estabelecida pela Constituição, ou seja, as regras de possibilidade de interferência do Judiciário nos casos de omissões – ponto de análise deste artigo; e a segunda relacionada aos aspectos práticos de como tem ocorrido a participação do Judiciário na política brasileira.

A respeito dos aspectos teóricos, há dois instrumentos previstos na CRFB/1988 que, exemplificativamente, auxiliam no estudo da possibilidade de intervenção do Judiciário na esfera reservada aos outros poderes, ainda que se tenha certo que tal intervenção se realiza de variadas formas, seja em processos estruturais, coletivos ou ainda em processos individuais³⁰. Refere-se à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CRFB/1988 e Lei n. 9.868/1999) e ao mandado de injunção (art. 5, LXXI, CRFB/1988 e Lei n. 13.300/2016).

²⁷ PRADO, Anna Priscylla Lima. **Controle de constitucionalidade estruturante**: um desafio à superação das crises do sistema democrático brasileiro. p. 97.

²⁸ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 86-87.

²⁹ CASIMIRO, Matheus; FRANCA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Redimindo o ativismo judicial: constitucionalismo democrático e a função contra-argumentativa das cortes constitucionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 13, n. 3, p. 273-293, dez. 2023. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/8844>. Acesso em: 17 jul. 2024.

³⁰ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 115-117.

No controle concentrado de constitucionalidade, o provimento jurisdicional emanado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) tem natureza declaratória e sinaliza ao ente a mora legislativa. Nessa hipótese, não há qualquer espécie de satisfação da produção legislativa, não havendo sequer prazo para o polo passivo legislar sobre a matéria – com exceção a mora de órgão administrativo. De outra sorte, o mandado de injunção permite ao Judiciário criar as condições para garantir o pleno exercício do direito reivindicado por ausência de disposição legal.

Há no ordenamento duas posturas bem marcadas, em termos de intervenção judicial, quando o poder público – no caso, o poder no exercício da função legislativa – deixa de atuar em conformidade às promessas constitucionais. A primeira delas revela a necessidade de uma postura de contenção, ao apenas sinalizar a mora legislativa ao poder competente para regulamentar determinada matéria, prevalecendo, nesse caso, a intervenção judicial na produção de meios em subsídio à falta do legislador – *weak-form review*.

Em outra vertente, há uma segunda postura que pode ser muito bem visualizada no caso do mandado de injunção, por meio do qual o constituinte originário ofereceu ao Estado-juiz ferramentas mais ativas, de modo que cabe ao Judiciário, nos termos do art. 8º, II, da Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016, intervir de forma mais ativa, em razão do déficit legislativo.

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

[...]

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Ao que parece, há autorização expressa de intervenção judicial, estabelecendo uma espécie de “última palavra” de determinada matéria contaminada pela omissão legislativa – *strong-form review* –, ainda que se defenda que essa “última palavra” não possa ser interpretada como atuação monolítica do Judiciário.

Essa posição não pode ser descolada da necessidade de apontar a característica da democracia brasileira como semidireta, conjugando o sistema representativo

com alguns mecanismos de participação direta, conforme preceitua o art. 1º, § 1º, CFRB/1988, ao preceituar que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]”.

Voltando-se apenas ao texto constitucional e aos mecanismos normativos constitucionais, verifica-se um plexo de conformidade de atuações do Judiciário, de forma mais ou menos interventiva, sendo oportunos, e ainda atuais, os questionamentos acerca da constitucionalização normativa de formas e processos de participação na interpretação da Constituição³¹.

Para além disso, faz-se necessário atentar, também, para a chamada mudança constitucional de padrão endógeno, que alguns chamam de “ativismo judicial” do STF, nos últimos anos³². Conforme se percebe, ao longo das últimas décadas, vigora o protagonismo do STF, seja no sentido da concessão de determinados direitos, seja na declaração de constitucionalidade de determinadas normas, temas que recentemente alteraram variados aspectos políticos, como, por exemplo, cotas em universidades públicas, união homoafetiva, lei da ficha limpa, além de temas que estão na pauta, como o marco temporal da demarcação das terras indígenas³³.

Tudo isso sugere uma postura proativa do STF, afastada da autocontenção, quando instado a se manifestar em processos cuja matéria poderia ser melhor deliberada por parlamentares, na qualidade de representantes do povo. Ao contrário, houve acusações, inclusive, de atividade legislativa do STF no caso da criminalização da homofobia, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26/DF, cujo resultado, além de reconhecer a mora legislativa, fixou tese reconhecendo a prática da homofobia como crime³⁴.

³¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 55.

³² MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil, dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à “megapolítica”. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 97, p. 189, nov. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/FqDJVdq9cL7gqZmXMmyygdQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 jul. 2024.

³³ MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil, dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à “megapolítica”. p. 202.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

O embate da possibilidade de criação de tipo penal no caso em julgamento veio à tona na própria sessão de julgamento, conforme se verifica em notas dos Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski:

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator): Gostaria de fazer apenas uma pequena observação, Senhor Presidente. Desejo cumprimentar o brilhante voto proferido pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, notadamente no ponto em que, apoiando-se em suas considerações introdutórias, delineia um quadro realmente importante a propósito do estado de vulnerabilidade – e da necessidade de ampla proteção – dos integrantes do grupo LGBTI+. *Quero destacar, no entanto, Senhor Presidente, que não sustento em meu voto a possibilidade (que seria absolutamente inconstitucional) de criação de tipos penais mediante provimento jurisdicional, considerado o que dispõe o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição, que estabelece, em tema de direito penal, reserva absoluta de lei em sentido formal.* De outro lado, Senhor Presidente, o meu voto, como Relator, *também não admite aplicação analógica “in malam partem” de normas de direito penal, na linha do que adverte o magistério doutrinário* (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, p. 305, item n. 8, 5ª ed., RT, v.g.) *e acentua a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 97.261/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RHC 95.782/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, v.g.).* O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Eu apenas digo que não me animei atravessar esse Rubicon jurisdicional. (ACÓRDÃO ADO Nº 26-DF/2019). [Grifos nossos].

Além do mais, e esse ponto é de extrema relevância, não é somente através da atuação do STF que o Judiciário vem ingressando em questões que, pelo menos em uma primeira observação, se mostram relativas a assuntos de outros poderes. O Judiciário, sem chamar atenção de boa parte da doutrina, vem adotando, nas demandas individuais e atomizadas, uma postura proeminente na pauta relativa às políticas públicas³⁵. Esse cenário, por sua descrição, acaba não chamando tanta atenção da doutrina e do próprio Poder Executivo e Legislativo, de modo que as sentenças judiciais alteram o cenário fático, determinando, por exemplo, à administração pública fazer, deixar de fazer, abrir vagas em creches e cursos superiores, fornecer tratamentos e medicamentos não contemplados pelo SUS. Enfim, conforme afirma

³⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 116.

Vitorelli, não se trata da impossibilidade de fazer (intervir em políticas públicas), mas, sim, como fazer³⁶.

Na prática, é nítido que o Judiciário brasileiro intervém de forma bastante intensa nas escolhas gerenciais e políticas do Brasil, seja de forma mais destacada, por meio das decisões do STF bastante divulgadas e discutidas, seja através das decisões de juízes de primeiro grau, em processos atomizados.

Portanto, o foco a respeito da crítica de intervenção dos poderes, pela atuação judicial, não trata de possibilidade ou não de intervir, mas, sim, da qualidade que a decisão terá do ponto de vista democrático. Sendo assim, o processo estrutural não trata de potencializar a intervenção do juiz nas políticas públicas, mas, sim, da possibilidade de catalisar palcos decisórios mais amplos e participativos, nos quais se possa combinar o gerenciamento dos recursos públicos com as determinações constitucionais e viabilizar a participação daqueles que sofrem o reflexo das decisões proferidas na realidade de processos estruturais.

5. O devido processo estrutural: leitura a partir do caso da ação civil pública das vagas de graduação e a etapa de heteroidentificação

Neste tópico não se tem qualquer pretensão de listar aspectos de uma teoria do devido processo estrutural como a expressão “*devido processo*” pode aparentar. O escopo desta seção é simplesmente oferecer uma sugestão de como as decisões estruturantes devem funcionar no cenário brasileiro, a partir das premissas capturadas ao longo de contextos anteriormente delineados.

Como se pôde observar, o sistema jurídico brasileiro apresenta variadas características e graus diferentes de atuação da intervenção judicial nas políticas públicas e nos caminhos de decisões relevantes de envergadura política. Ora permite ao juiz suprir a ausência legislativa, ora determina uma postura de autocontenção apenas para declarar mora legislativa, mas sem possibilidade de suprir omissões. E, por fim, tem-se, ainda, a cotidiana e corriqueira atuação singular dos magistrados em demandas atomizadas, cujas decisões que interferem em políticas públicas se

³⁶ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*: teoria e prática. p. 118.

mostram bastante danosas, por sua natureza silente, em relação aos processos coletivos estruturais.

Diante dessa lógica, percebe-se que o enfrentamento de um problema estrutural, veiculado por meio de um litígio estrutural, é a via mais habilidosa de desempenho, pois justamente cria um ambiente decisório desenhado em um palco amplo e diverso de atores envolvidos, em que o Poder Judiciário não seja protagonista, isolando-se nos comandos judiciais com determinações fundadas em uma premissa unilateral, sem, de fato, atentar-se às vicissitudes e especificidades que orbitam em torno do problema central.

Portanto, o processo estrutural, assentado na lógica teorizada pelo *experimentalismo*, com a maior participação³⁷ democrática, mostra-se como conduta de boa prática mais apropriada ao sistema democrático brasileiro. Além do mais, possibilita que as decisões tomadas de forma conjunta, com todos os atores contribuindo para a sua formação, delimitem os riscos de interferências colaterais prejudiciais, como as que acontecem no campo orçamentário, levando-se em consideração a finitude dos recursos.

Esse modelo proposto, com a repercussão das qualidades do experimentalismo³⁸, representa, em última análise, a profundidade do avanço da teoria do direito, ao passar pelo estágio do Estado de Direito, onde a vontade estatal encontra seus limites na lei, e, por fim, do Estado Democrático de Direito, quando os rumos do Estado permeiam, além da vontade estabelecida em lei, as leis pautadas pela vontade popular (princípio democrático), por meio dos seus representantes ou diretamente, em razão da tipologia da democracia brasileira (semidireta e participativa)³⁹.

Logo, a premissa teórica acima estabelecida enseja a necessidade da teoria processual de instrumentalizar a possibilidade da operacionalização da ampliação

³⁷ Cf. STURM, Susan P. The promise of participation. *Iowa Law Review*, v. 78, p. 981-1010, 1993. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4719&context=faculty_scholarship. Acesso em: 22 mar. 2024 e também no Brasil, TEMER, Sofia Orberg. **Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

³⁸ Sobre o experimentalismo no processo estrutural, ver: FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A lógica viva na decisão judicial: pragmatismo e processos estruturais no Brasil. *Revista de Processo*, v. 48, n. 339, p. 249-274, maio 2023.

³⁹ MUNDIM, Luis Gustavo Reis. A cooperação processual no modelo constitucional de processo. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 89, n. 2, p. 77, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/25215>. Acesso em: 17 jul. 2024.

dos espaços deliberativos, na formação de decisões judiciais que fujam do modelo convencional de processo estabelecido pelos ideais liberais, evoluindo a compreensão do processo como uma *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*) entre todos os atores envolvidos no processo⁴⁰.

Sem dúvidas houve avanços com o Código de Processo Civil de 2015, ao estabelecer o eixo axiológico de normas fundamentais processuais, frisando o dever de cooperação no art. 6º, o qual aduz que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”⁴¹.

Para além disso, ainda, faz-se necessário que o valor cooperação possa efetivamente permear o cenário judicial, questão ainda mais demandada em processos estruturais, cujo espaço deliberativo ampliado se revela como ponto fundamental para legitimar a atuação judicial.

A cooperação não redundo do dever que as partes têm de cooperar entre elas, haja vista a sua posição antagônica nos polos do processo.

A colaboração impõe a organização de processo cooperativo – em que haja colaboração entre os seus participantes. *O legislador tem o dever de perfilar o processo a partir de sua normatividade, densificando a colaboração no tecido processual.* E aqui importa desde logo deixar claro: *a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes.* As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. *Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes.* As partes não colaboram e não devem colaborar *entre si* simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das *partes para com o juiz* no processo civil⁴².

⁴⁰ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 34, n. 172, p. 36, jun. 2009.

⁴¹ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 16 jul. 2024.

⁴² MITIDIERO, Daniel Francisco. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. In: ALVIM, Teresa; DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1. Teoria geral do processo. p. 8.

Entretanto, chama atenção que o princípio da cooperação enseja ainda mais a necessidade de seu aprofundamento quando inserido no contexto dos litígios e processos estruturais. Isso porque o principal escopo do processo estrutural é justamente retornar determinada circunstância fática ao seu estado de conformidade, marcado nas determinações constitucionais. Isso, naturalmente, impõe a todos os atores o dever de atuarem de forma a contribuir com o resultado final do processo, que é a realização do direito fundamental ou uma determinada política pública. O próprio caso concreto a ser descrito a seguir ilustra a hipótese em que todos os participantes do processo pretendem a promoção de determinada política pública.

Em 2023, a Defensoria Pública da União (DPU) ajuizou ação civil pública, em face da Universidade Federal do Pará, relativa às regras do edital do processo seletivo para vagas nos cursos de graduação – Processo n. 1014239-58.2023.4.01.3900, em trâmite na 2ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Estado do Pará⁴³. Em síntese, a ação versa sobre a nulidade da regra do edital que determina a exclusão dos candidatos que sejam indeferidos na banca de heteroidentificação, bem como a reavaliação de todos os candidatos que não foram deferidos na referida banca, em razão de falhas na avaliação desses candidatos. Com isso, a DPU requereu nova avaliação dos candidatos indeferidos em banca de heteroidentificação e o reprocessamento dos candidatos que fossem novamente indeferidos, para que não fossem eliminados do certame e prosseguissem concorrendo às cotas, caso conseguissem comprovar, e, se fosse o caso, disputando a ampla concorrência.

Em decisão liminar, o Juízo deferiu, em parte, os pedidos da Autora, determinou à UFPA que procedesse à nova avaliação dos candidatos e, ainda, que não houvesse a eliminação dos concorrentes, caso existisse indeferimento da autodeclaração, mas o retorno para a ampla concorrência.

Irresignada, a DPU interpôs agravo de instrumento, requerendo não apenas o retorno dos candidatos à ampla concorrência, mas, sim, à cota subsequente – ou seja, se um candidato inscrito na modalidade cota escola, renda e cor não conseguisse comprovar que era pessoa negra, ele deveria retornar para concorrer à cota escola e renda, e não para a ampla concorrência.

⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região (Seção Judiciária do Pará – 2ª Vara Federal Cível da SJPA). **Ação Ordinária 1014239-58.2023.4.01.3900**. Juíza Hind G. Kayath, 11 de abril de 2023. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=d3eafbcdde26f7d15af14ec01e7467f07ac7bfa1300bdd79>. Acesso em: 17 jul. 2024.

Em juízo de retratação, o Juízo de primeira instância atendeu o pedido da Defensoria e modificou a primeira decisão, ampliando ainda mais os comandos judiciais. A UFPA, antes da decisão provisória, não foi chamada ao processo para ser ouvida, e, somente em uma reunião informal para tentativa de acordo, é que teve a oportunidade de expor suas razões. Mesmo assim, o Juízo manteve a decisão, e a ré foi compelida a cumpri-la, mesmo tendo interposto agravo de instrumento para desconstituir a decisão interlocutória.

Esse panorama fático denota a atuação isolada do Judiciário ante a complexidade do caso, pois articulava variados fatores, como os interesses dos grupos de cotas – incluída a variedade de grupos; as unidades internas da UFPA, as quais têm competência técnica para explicar a forma de processamento dos dados; os alunos que já haviam sido matriculados e correram risco de perder as vagas, haja vista que a decisão liminar foi em março de 2023, quando a UFPA já havia iniciado seu período letivo.

Portanto, o caso concreto foi pautado por uma visão parcial do problema, em virtude de que nem o Juízo nem tampouco a Defensoria tinham a *expertise* suficiente para alcançar a forma como ocorre o processamento de dados, bem como as razões da UFPA em se utilizar da metodologia questionada. Apenas para destacar, a própria assessoria de diversidade e inclusão (ADIS), unidade interna da UFPA, que busca promover a inclusão dos grupos minorizados, compreende que essa forma de processar as notas requerida pela DPU e deferida pelo Juízo acaba tornando o cenário prejudicial aos candidatos negros, haja vista que os mais necessitados de políticas afirmativas acabam sendo preteridos.

Logo, a decisão judicial que determinou a obrigação de fazer à UFPA, sem antes sequer ouvi-la, aparenta uma invasão na esfera administrativa/executiva da autarquia, nos moldes da chamada *strong-form review*. Isso permite que a decisão final que, naturalmente, ocorrerá no presente caso com a sentença ou acórdão, em caso de acesso ao tribunal, partirá de decisão provisória fruto de atuação com visão parcial da Defensoria, em relação ao fenômeno fático-jurídico extremamente complexo.

Na prática, a decisão liminar prolatada pelo Juízo representou violação ao princípio da própria cooperação, quando vislumbrado sob o prisma da participação, e do contraditório como o direito de influência nas decisões judiciais, revelando-se a decisão liminar como decisão surpresa⁴⁴.

⁴⁴ PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; MENEZES, Rafael Filipe Fonseca; SOUZA, Breno Fernandes. O *amicus curiae* e sua contribuição para o processualismo democrático. *Revista CEJ*, v. 23, n. 77, p. 12, jan./jun. 2019. Disponível

Nem a Defensoria Pública da União nem a própria UFPA contemplaram a natureza estrutural do caso, seja em exordial ou em sede de contestação, sequer acusaram o tônus de complexidade do problema que envolve educação, e, na mesma linha, o Juízo desenvolveu a demanda com decisões solipsistas. O ponto de partida poderia ter sido bem diferente, com rodadas de negociações, com necessariamente todos os envolvidos cientes da exata dimensão do fenômeno, além da admissibilidade de um círculo subjetivo maior com expressão de movimentos e associações relacionados com a causa. Assim, poder-se-ia ter uma visão integral, e não parcial e enviesada.

Além disso, seriam elaborados os próximos editais de vestibular de modo mais adequado, inibindo o ajuizamento de centenas de ações judiciais com reclames de ilicitude e queixas do procedimento, pois incorporariam os anseios dos mais diversos interessados.

O devido processo estrutural demanda a constituição de um palco de ampliação das vozes dos interessados nos litígios estruturais, devendo a postura do juiz ser cooperativa, agregando uma atitude dialogada, com flexibilização das regras e dos procedimentos, como modo de melhor acomodar a participação efetiva das partes para ultrapassar determinado estado de desconformidade⁴⁵.

Não parece haver espaço para que os litígios de extrema complexidade e com potencial de alcance para parcela significativa da sociedade sejam resolvidos pela lógica tradicional de litígio, em que as regras procedimentais são bem definidas, escaladas por prazos preclusivos e peremptórios, com restrição participativa, mas sejam solucionados principalmente por um juiz Hércules, a quem seja dado o poder de decidir sobre matérias tecnicamente complexas, por sua capacidade técnico-jurídica.

6. Conclusão

Conforme se verificou, o processo estrutural ganhou, nos últimos anos, destaque no meio acadêmico, sendo apontado como elemento essencial para a resolução de litígios complexos. Por mais que haja alguns desencontros na doutrina, no que se

em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.77.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

⁴⁵ GOUVEIA. Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. p. 36.

refere à teoria sobre o tema, pode-se afirmar grande convergência quanto às principais características e finalidades das decisões estruturais.

Olhando para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente os elementos constitucionais, no que tange à possibilidade de atuação do juiz na promoção de políticas públicas e nas decisões políticas importantes, verifica-se uma miríade de possibilidades: contenção judicial nas ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão, atuação mais contundente nos mandados de injunção e, por fim, uma postura bastante ativista nas decisões individuais, em que as determinações aos entes públicos ocorrem de forma mais preponderante, por voarem abaixo dos radares dos críticos ao ativismo judicial.

Desse modo, a importação da teoria do processo estrutural ao sistema jurídico brasileiro demanda cautela, pois a decisão estrutural, certamente, reclama uma nova intervenção do Judiciário na resolução de determinada desconformidade institucional. E essa forma de intervir do juiz deve ser calibrada, como modo de não usurpar competência de outros poderes da República nem tampouco invadir a esfera de atuação dos demais poderes.

A consecução dos compromissos constitucionais estampados na CRFB/1988 não será realmente alcançada sem a compreensão de que a correta e adequada interpretação do texto constitucional deve passar pela abertura hermenêutica, por meio de todos os poderes e da própria sociedade, que deverá participar da construção de todas as soluções para a implementação de políticas públicas.

Assim, o devido processo estrutural deve ser coletivo e plural, com o peso de uma ampla participação social, sem que haja apenas o protagonismo judicial na construção das políticas públicas.

Referências

ALBUQUERQUE, Felipe Braga; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 643-665, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/505>. Acesso em: 19 jun. 2023.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região**, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109152/processos_estruturais_direito_arenhart.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

ARRUDA, Paula Uematsu. Remédios sem direitos?: a essencialidade da interpretação substancial dos direitos econômicos e sociais para o sucesso dos compromissos significativos. In: CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha (org.). **Processos estruturais no Sul Global**. Londrina: Thoth, 2022. p. 115-131.

BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider van der. **Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo**: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas. Londrina: Editora Thoth, 2021.

CASIMIRO, Matheus FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha (org.). **Processos estruturais no Sul Global**. Londrina: Thoth, 2022.

CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Redimindo o ativismo judicial: constitucionalismo democrático e a função contra-argumentativa das cortes constitucionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 13, n. 3, p. 273-293, dez. 2023. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/8844>. Acesso em: 17 jul. 2024.

DANIEL, Mariana Oliveira; NUNES, Leonardo Silva. A recuperação judicial de empresas como processo estrutural. In: NUNES, Leonardo Silva (coord). **Dos litígios aos processos estruturais**. Organizadoras: Amanda Michelle Faria Araújo Mapa, Gisele Fernandes Machado. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. p. 333-372.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 45, n. 303, p. 45-81, maio 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/42872474/ELEMENTOS_PARA_UMA_TEORIA_DO_PROCESSO_ESTRUTURAL_APLICADA_AO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO. Acesso em: 17 jul. 2024.

FISS, Owen M. Modelos de adjudicação/Models of adjudication. **Caderno Direito GV**, v. 1, n. 8, p. 3-57, nov. 2005. Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School): salão nobre da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo, 13 de junho de 2005. Organização: Direito GV e IDESP. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/962cfcbb-18c6-41ae-b386-7627a4387af4/content>. Acesso em: 17 jul. 2024.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A lógica viva na decisão judicial: pragmatismo e processos estruturais no Brasil. **Revista de Processo**, v. 48, n. 339, p. 249-274, maio 2023.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in Asian cases. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 34, n. 172, p. 32-53, jun. 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**: poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. As dificuldades epistêmicas para a formulação de uma teoria dos processos estruturais no Brasil. **Revista do Direito**, n. 66, p. 91-111, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/15739>. Acesso em: 17 jul. 2024.

MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil, dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à "megapolítica". **Novos Estudos CEBRAP**, n. 97, p. 187-206, nov. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/FqDJVdq9cL7gqZmXMmyygdQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 jul. 2024.

MITIDIERO, Daniel Francisco. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. In: ALVIM, Teresa; DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1. Teoria geral do processo.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, v. 25, n. 99, p. 141-150, jul./set. 2000.

MUNDIM, Luis Gustavo Reis. A cooperação processual no modelo constitucional de processo. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 89, n. 2, p. 75-101, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/25215>. Acesso em: 17 jul. 2024.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; MENEZES, Rafael Filipe Fonseca; SOUZA, Breno Fernandes. O amicus curiae e sua contribuição para o processualismo democrático. **Revista CEJ**, v. 23, n. 77, p. 7-17, jan./jun. 2019. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.77.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

PRADO, Anna Priscylla Lima. **Controle de constitucionalidade estruturante: um desafio à superação das crises do sistema democrático brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2022.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, Feb. 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/context/faculty_scholarship/article/1824/viewcontent/117_Harv.L_Rev_1016.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

STURM, Susan P. The promise of participation. **Iowa Law Review**, v. 78, p. 981-1010, 1993. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4719&context=faculty_scholarship. Acesso em: 22 mar. 2024.

TEMER, Sofia Orberg. **Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

TUSHNET, Mark. A response to David Landau. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n.189, p. 155-164, 2012. Disponível em: https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região (Seção Judiciária do Pará – 2ª Vara Federal Cível da SJPA). **Ação Ordinária 1014239-58.2023.4.01.3900**. Juíza Hind G. Kayath, 11 de abril de 2023. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=d3eafbcdde26f7d15af14ec01e7467f07ac7bfa1300bdd79>. Acesso em: 17 jul. 2024.

Legislação citada

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 dez. 2024.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Presidência da República, [2009]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 12 dez. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 12 dez. 2024.