

CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA 698 DO STF: A MITIGADA E CONDICIONADA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS



Zillá Oliva Roma¹

Este artigo analisa a tese vinculante firmada no Tema 698 do Supremo Tribunal Federal, por meio da qual se trouxe um necessário condicionamento e uma mitigação da intervenção jurisdicional em políticas públicas. Isso porque, de um lado, autoriza essa intervenção apenas em caso de ausência ou deficiência grave do serviço público e, de outro lado, permite que o Judiciário apenas estabeleça finalidades a serem alcançadas, não podendo, portanto, indicar as medidas pontuais a serem adotadas pelo Poder Público. Essa intervenção é uma realidade, sendo mister o emprego de técnicas processuais que efetivamente promovam o interesse público e não violem efetivamente o princípio da separação de Poderes (art. 2º, CF).

Palavras-chave: intervenção jurisdicional; políticas públicas; técnicas processuais.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Doutora e Mestre em Direito Processual Civil (USP). Autora do livro "Tutela jurisdicional e direito à saúde: análise crítica da farmacialização do Judiciário" e de artigos jurídicos. Membro da Comissão Especial de Direito Constitucional da OAB/SP. Professora em cursos diversos. Palestrante. São Paulo (SP), Brasil. E-mail: zilla.oliva@gmail.com. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6398839678732937>. ORCID: 0000-0002-6516-399X.

CONSIDERATIONS ON TOPIC 698 OF THE STF: MITIGATED AND CONDITIONED JURISDICTIONAL INTERVENTION IN PUBLIC POLICIES

This article analyzes the binding thesis established in Theme 698 of the Federal Supreme Court, through which a necessary conditioning and mitigation of jurisdictional intervention in public policies was brought about. This is because, on the one hand, it authorizes this intervention only in the case of absence or serious deficiency in public service and, on the other hand, it allows the Judiciary to only establish objectives to be achieved, and cannot, therefore, indicate specific measures to be adopted by the Public Power. This intervention is a reality, and it is necessary to employ procedural techniques that effectively promote the public interest and do not effectively violate the principle of separation of Powers (art. 2, CF).

Keywords: jurisdictional intervention; public policies; procedural techniques.

INTRODUÇÃO

DO TEMA ESCOLHIDO

O Supremo Tribunal Federal, em 06 de fevereiro de 2014, reconheceu a repercussão geral do tema versado no Recurso Extraordinário 684.612/RJ (Tema 698), conforme a ementa que segue:

“ADMINISTRATIVO E
CONSTITUCIONAL.
IMPLEMENTAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS
ESPECIFICAMENTE QUANTO À
SUFICIÊNCIA DE
PROFISSIONAIS NA ÁREA DE
SAÚDE. ALEGADA
CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º
E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA. Repercussão
geral reconhecida do tema
relativo aos limites da
competência do Poder
Judiciário para determinar
obrigações de fazer ao Estado,
consistentes em concursos
públicos, contratação de
servidores e execução de
obras que atendam o direito
social da saúde, ao qual a
Constituição da República
garante especial proteção”.

Esse *leading case* envolve uma ação civil pública (nº 0048233-21.2003.8.19.0001) ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o Município do Rio de Janeiro em razão das precárias condições de estrutura e atendimento no Hospital Municipal Salgado Filho.

O pedido foi julgado improcedente, mas a 6ª Câmara Cível do TJRJ, por unanimidade, deu provimento à apelação interposta pelo MPRJ, condenando o réu à implementação das seguintes obrigações de fazer: (a) o suprimento do déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela própria direção do hospital, por meio da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame; e (b) a correção dos procedimentos e o saneamento das irregularidades

expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, no prazo de 6 (seis) meses, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). O Município interpôs o mencionado Recurso Extraordinário (RE 684.612), *leading case* do Tema 698 do STF1.

Em 03 de julho de 2023, o STF julgou referido recurso, tendo fixado tese ao tema². Segue ementa, *in verbis*:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE.

1. Recurso extraordinário, com repercussão geral, que discute os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde. No caso concreto, busca-se a condenação do Município à realização de concurso público para provimento de cargos em hospital específico, além da correção de irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina.

2. O acórdão recorrido determinou ao Município: (i) o suprimento do déficit de pessoal, especificamente por meio da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame; e (ii) a correção dos procedimentos e o

¹Iniciado o cumprimento provisório do acórdão, o réu ingressou com ação cautelar (nº 3.809/RJ), requerendo medida liminar, o que foi parcialmente deferido pela Min. Cármen Lúcia, que atribuiu efeito suspensivo ao RE.

²“O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 698 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros

aqui fixados, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Relator para o acórdão, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator) e Edson Fachin, que negavam provimento ao recurso, e os Ministros Alexandre de Moraes e André Mendonça, que davam provimento ao recurso extraordinário para restabelecer a sentença de improcedência do pleito inicial. Nesta assentada, o Ministro Luiz Fux reajustou seu voto para acompanhar o Ministro Roberto Barroso”. (Plenário, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023).

saneamento das irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, com a fixação de prazo e multa pelo descumprimento.

3. A saúde é um bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

4. A intervenção casuística do Poder Judiciário, definindo a forma de contratação de pessoal e da gestão dos serviços de saúde, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos. Necessidade de se estabelecer parâmetros para que a atuação judicial seja pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador.

5. Parcial provimento do recurso extraordinário, para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros aqui fixados.

6. Fixação das seguintes teses de julgamento: "1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A

decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPI)".

Trata-se de tema muito relevante e de grande impacto à Administração Pública, bem como à Advocacia Pública, pelo que restou escolhido para a elaboração do presente artigo jurídico.

1 AS STRUCTURAL INJUNCTIONS

Vige entre nós o sistema de *checks and balances*, típico do Estado de Direito, tornando possível o acesso ao Judiciário para que este analise, teoricamente como *ultima ratio*, atos administrativos eivados de ilegalidade, inconstitucionalidade, abuso de poder e/ou omissão.

É verdade que o controle jurisdicional do ato administrativo e, por conseguinte, a intervenção jurisdicional em política pública é um fenômeno praticamente irreversível, principalmente porque fundamentados na nossa analítica Constituição Federal.

A este respeito, ressalta Sérgio Cruz Arenhart (2017, p. 74) que, ainda que hajam críticas a esse controle (como a invocação da separação estanque dos Poderes e da suposta ilegitimidade democrática dos magistrados), a questão "deixa de centrar-se na discussão sobre a possibilidade dessa intervenção, passando a importar mais o debate a respeito do modo e do ambiente em que esse tipo de conflito deve ser levado à análise judicial".

As reiteradas condenações judiciais sofridas pelo Poder Público, em especial relativas à consecução de direitos sociais fundamentais, desgastam sobremaneira as relações entre os Poderes estatais, principalmente por gerarem consequências na organização das políticas públicas e, por conseguinte, em seu planejamento orçamentário.

O (des)cumprimento judicial nesse contexto vem demonstrando a incapacidade dos gestores públicos de realizarem um sem-número de obrigações de fazer (em regra, na forma especificamente determinada pela parte autora e ratificada pelo juízo) em

lapsos temporais aleatoriamente definidos pelo Judiciário.

Submetidos esses casos ao Poder Judiciário, mister seja averiguada a forma mais adequada e razoável de intervenção, considerados o regime jurídico administrativo, os critérios da oportunidade e da conveniência administrativas e o próprio excesso de judicialização nessa seara.

Na verdade, conforme entendimento exarado na fixação de tese do Tema 698 do STF, ao Judiciário cabe apenas a indicação das finalidades a serem atingidas, não das obrigações de fazer específicas a serem executadas, além do que a intervenção seria aceitável apenas em havendo ausência ou deficiência grave do serviço público, daí surgindo uma intervenção jurisdicional mitigada e condicionada.

Nesse contexto, surge a possibilidade de um cumprimento dialogado de obrigações de fazer tanto em relação às providências a serem adotadas, quanto em relação aos prazos para essa consecução. A respeito do prazo, é sabido que o conhecido excesso dessa espécie de judicialização em face do Poder Público impede o pronto atendimento de todas as ordens judiciais dentro dos critérios e das condições em regra aleatoriamente definidos pelo Judiciário.

E tal não se trata de negociar o interesse público. Na verdade, com a adoção de técnicas estruturantes, pode-se promover sua efetiva tutela.

Nesse sentido, Odete Medauar (2017, p. 371-378), em relação à tão propalada indisponibilidade do interesse público, assevera constituir-se em fórmula vaga, pelo que seria "tautológico afirmar que na atividade administrativa os bens e os interesses não estão à livre disposição dos agentes públicos". Conclui

que a alegação de indisponibilidade do interesse e dos bens públicos configura uma "barreira às práticas consensuais na Administração Pública, o que representa negação da realidade e visão desatualizada"³.

O entendimento do STF no Tema 698 acaba por reservar à Administração Pública, na prática, a possibilidade de escolher os meios para que o objetivo material, indicado na decisão judicial, seja alcançado, preservando-se, assim, sua discricionariedade administrativa, inclusive, se o caso, com a adoção de um regime de transição (art. 23 da LINDB⁴).

Ao decidir que essas decisões judiciais devem, em regra, "apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado", o STF determinou o emprego de técnicas estruturais/estruturantes a esses casos.

Historicamente, o exemplo de processo estrutural sempre trazido pela doutrina especializada como o pioneiro⁵ foi o *Brown v. Board of Education* - 347 U.S. 483 (1954), julgado pela Suprema Corte Americana a respeito de 4 (quatro) ações coletivas ajuizadas nos Estados de Kansas (Topeka), Carolina do Sul (Clarendon County), Virginia (Prince Edward County) e Delaware (New Castle County), nas quais representantes legais de crianças negras buscavam sua admissão em escolas públicas primárias ou secundárias, ou seja, visavam a um regime educacional livre de segregação racial⁶.

Após longa tramitação e amplo debate⁷, a Suprema Corte, de forma unânime, concluiu pela inconstitucionalidade da prática guerreada, por violar a 14^a Emenda à Constituição dos Estados Unidos, determinando fosse colocado termo à prática até então

³ Menciona que há atualmente diversas práticas consensuais na atividade administrativa: acordos, negociação, conciliação, mediação, arbitragem, inclusive na esfera sancionadora (TAC, compromisso de cessação, etc), além do que diversos bens públicos são usados pelo setor privado na prestação de serviços públicos (concessão e permissão de serviço público) ou têm sua gestão transferida para particulares (florestas, teatros, creches, auditórios, hospitais, dentre outros), pelo que não há que se falar em indisponibilidade de bens públicos.

⁴ "A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais".

⁵ Embora não tenha assumido, de forma expressa, se tratar de processo estrutural, a forma da atuação jurisdicional possibilitou à doutrina a construção de uma base teórica dessa nova técnica processual. Nesse sentido, menciona Edilson Vitorelli (2021, p. 76) que o caso *Brown* não seria um exemplo de processo estrutural, mas que sua implementação, em algumas localidades e por iniciativa dos juizes locais, adquiriu, gradativamente, essa característica.

⁶ Essas ações foram ajuizadas em razão da doutrina do "separate but equal", referendada pela Suprema Corte Americana em 1896 no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson* - 163 U.S. 537, caso no qual

decidiu que assentos diferenciados em transportes ferroviários não violariam a 14^a Emenda. Nesse contexto, práticas segregacionistas estariam acobertadas pelo entendimento da Suprema Corte, tais como as aplicadas em escolas públicas. Em 1865, foi ratificada a 13^a Emenda Constitucional norte-americana, proclamando o fim da escravidão e da servidão involuntária, salvo como sanção criminal. Em 1868, foi aprovada a 14^a Emenda Constitucional norte-americana, prevendo que os Estados da federação não poderiam negar a nenhuma pessoa dentro de sua jurisdição a proteção igualitária das leis. Mas para garantir o distanciamento de pessoas negras recém-libertas, difundiu-se a doutrina "separate but equal" (separados, mas iguais), pelo que não seria necessário que negros e brancos dividissem os mesmos espaços, meios de transporte e demais serviços públicos, desde que fosse garantida igualdade de tratamento a ambas as raças.

⁷ Os processos tiveram longa tramitação. Nos processos de Carolina do Sul, Virginia e Delaware, o Judiciário averiguou que as condições das escolas para negros (currículos escolares, transporte público de ida e volta, treinamento de professores, planta dos prédios e atividades extracurriculares das escolas para crianças negras) eram inferiores aos das escolas para crianças brancas. No processo em Kansas, detectou-se igualdade nesses quesitos, passando-se a segregação escolar institucionalizada ao centro da discussão, no sentido de, por si só, criar condições de ensino e aprendizado inferiores às crianças negras.

autorizada da doutrina dos "separados mais iguais" (separate but equal), dada a violação à isonomia.

Um ano após o julgamento, diante da reclamação de várias escolas quanto às dificuldades para implementar a nova política, não discriminatória, a Suprema Corte reexaminou a questão, originando a decisão conhecida por *Brown v. Board of Education II*, pela qual ordenou que a implementação da ordem judicial deveria ser feita por meio de uma progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das Cortes locais.

Ou seja, a mera declaração de inconstitucionalidade não era suficiente, dada a necessidade de concretização da decisão⁸, o que mudaria radicalmente aquela cultura ainda impregnada na sociedade.

Considerando as dificuldades das escolas locais para cumprirem a ordem judicial, a Suprema Corte autorizou a criação de planos cuja execução seria acompanhada pelo Judiciário local, conforme explica Fernando Garcia Souza (2017, p. 251-254): (a) as autoridades escolares se responsabilizariam primariamente pelo levantamento, avaliação e resolução dos problemas escolares surgidos, (b) os tribunais em que tramitam as ações deveriam verificar se as autoridades locais estariam agindo com boa-fé, (c) as cortes locais deveriam guiar-se pela equidade, (d) dever-se-ia observar o interesse das partes de serem admitidas em escolas públicas não segregadas o quanto antes, (e) o início da implementação deveria dar-se em prazo razoável, cabendo ao réu estabelecer o prazo suplementar necessário, se o caso, conforme os ditames da boa-fé, e (f) as cortes locais deveriam considerar eventuais problemas surgidos na implementação da decisão judicial, bem como a adequação dos planos de reestruturação apresentados pelos réus.

Houve, portanto, forte descentralização do poder de decisão e fiscalização ao Judiciário local na fase de cumprimento, que passou a utilizar ordens estabelecendo obrigações de fazer ou não fazer (injunctions⁹). São essas structural injunctions que buscariam, assim, reorganizar uma instituição social (no caso, o sistema educacional).

É verdade que a segregação racial norte-americana não foi eliminada nem por meio dessas, nem outras decisões judiciais, mas a técnica processual empregada nesse julgamento permitiu a construção da base para a ideia das structural injunctions enquanto

instrumento maleável e dialogado de solução de controvérsias.

Um aspecto importante dessa intervenção judicial é que ela se deu por meio de técnicas criativas, capazes de ensejar melhorias nas instituições e nas políticas públicas debatidas, ainda que não tenham alcançado uma conformidade considerada ideal.

O legado das decisões estruturantes não deve ser aferido apenas com base em seu êxito na solução do caso concreto, porque este tipo de provimento possui efeitos bastante complexos que também devem ser assim apreendidos.

Nesse ponto, esclarece Hermes Zaneti Junior (2013, p. 59) que "o mundo não é assim ou assado porque o juiz quer, é como é. Ser agente de transformação é mais do que prometer uma solução abstrata", sendo necessário prever os meios, acompanhar o desenvolvimento da própria decisão judicial e sua eficácia, desdobramentos do processo civil de interesse público, não mais sendo suficiente ao exercício da jurisdição "a mera intervenção através de expedição de ordens, é preciso acompanhar a efetivação das decisões".

É exatamente nesse sentido o entendimento exarado pelo STF no julgamento do Tema 698, tendo a experiência judiciária demonstrado que a mera determinação de execução de medidas pontuais por parte da Administração Pública não tem logrado êxito, sendo muito mais racional, efetivo e adequado que sejam apontadas as finalidades a serem alcançadas, devendo o Poder Público, para tanto, apresentar um plano e/ou meios adequados para alcançar tais finalidades.

Até mesmo porque não faz sentido que esse tipo de condenação engesse a atuação da Administração. Nesse ponto, consigna Ada Pellegrini Grinover que "as circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas e até jurídicas podem ter se alterado", não se podendo impor uma obrigação de fazer que pode não mais corresponder à atual necessidade.

Em relação especificamente ao leading case do Tema 698 do STF, explicou a autora (2017, p. 436-438) que o demonstrativo encaminhado pelo hospital, contendo o déficit de pessoal, remontava ao dia 31 de maio de 2002, indicando a carência de 79 (setenta e nove) cargos médicos das mais variadas especialidades, 03 (três) odontólogos, 89 (oitenta e nove) enfermeiros e 112 (cento e doze) técnicos e auxiliares de enfermagem. Como esses números se referiam a 12 (doze) anos anteriores,

⁸ Nesse contexto, Owen Fiss (2017, p. 26) destacou algumas das medidas que se fariam necessárias para fins de implementação do quanto decidido: (a) novos procedimentos para a escolha dos alunos, (b) novos critérios de construção de escolas, (c) a substituição dos corpos docentes, (d) a revisão do sistema de transporte público para acomodar novas rotas, (e) nova alocação de recursos entre escolas e atividades, (f) modificação do currículo, (g)

aumento de verbas e (h) novos sistemas de informações para monitorar o desempenho da organização.

⁹ Na esteira da doutrina de Kazuo Watanabe (1996, p. 80), o art. 11 da LACP, ao dispor que 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 suficiente ou compatível, equivaleria à injunction do sistema da common law e à ação inibitória do direito italiano.

referida condenação não poderia engessar a atuação da Administração, justamente pela esperada alteração das circunstâncias envolvidas.

E concluiu: "Só a administração hospitalar e o Município poderão apresentar uma relação do número de cargos efetivamente necessários e um planejamento do prazo necessário para preenchê-los", entendendo, assim, que não deveria ocorrer a imposição de obrigações de fazer, pois, nesse caso, o Judiciário estaria substituindo o administrador.

Owen Fiss, em 1979, promoveu um avanço teórico com base nas *structural injunctions*¹⁰ 11. Em suas palavras, trata-se de "um instrumento formal por intermédio do qual o Judiciário busca reorganizar instituições burocráticas para que funcionem de acordo com a Constituição"¹², passando a identificar uma nova forma de adjudicação: *structural reform* (reformas estruturais), que induz o Judiciário a sair do isolamento em que se encontra quando provocado a resolver litígios individuais ou privados (*dispute resolution*), alçando-o ao posto de copartícipe do governo e, assim, parte integrante do sistema político (FISS, 2008, p. 761-764).

Para Edilson Vitorelli (2018, p. 340), processo estrutural é um processo coletivo em que se pretende, por meio da atuação jurisdicional, "a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural"¹³.

O autor explica os principais desafios do processo estrutural: (a) a apreensão das características do litígio, em sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; (b) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, com o objetivo de fazer com que deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; (c) a implementação desse plano, de forma compulsória ou negociada; (d) a avaliação dos resultados dessa implementação; (e) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, para abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e (f) a implementação do plano já revisto, que reinicia o ciclo, que se perpetua indefinidamente até a solução do litígio, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura.

Para Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 48-49), no processo estrutural se veiculam litígios estruturais, pautados em um problema estrutural, visando-se

modificar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.

Assim, o processo estrutural: (a) se pautaria na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade (ou qualquer outro nome para designar uma situação de desconformidade estruturada); (b) buscaria uma transição deste estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação), removendo a situação de desconformidade por meio de uma decisão de implementação escalonada; (c) se desenvolveria em um procedimento bifásico, no qual ocorreriam o reconhecimento e a definição do problema estrutural e o estabelecimento de programa ou projeto de reestruturação a ser seguido; (d) se desenvolveria em um procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, possibilitando-se a adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, alteração do objeto litigioso, uso de mecanismos de cooperação judiciária; e (e) se pautaria pela consensualidade, abrangendo inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC).

Conforme explicam Leonardo Silva Nunes, Samuel Paiva Cota e Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria (2018, p. 367-368), tais litígios, sempre relacionados a questões de amplo espectro (meio ambiente, saúde, educação, sistema carcerário, trabalho, etc), surgem de violações estruturais desses direitos ocasionadas por um "conjunto de práticas e dinâmicas institucionalizadas, dentro de uma causalidade complexa", salientando, ainda, seu caráter prospectivo, negocial e participativo, o que impacta diretamente a sistemática processual civil.

Infere-se que o processo estrutural é bastante complexo, motivo pelo qual raramente os litígios estruturais são resolvidos em processos estruturais, pois, conforme explica Edilson Vitorelli, estes são "longos, difíceis, demandam uma estrutura representativa intrincada e, por esse motivo, são evitados por juízes e legitimados coletivos" (Vitorelli, 2018, p. 340). Nesses casos, o funcionamento da instituição permanece inalterado, de modo que o processo, no máximo, vai resolver a lide, não o conflito.

Mister consignar que tais conflitos não apresentam o tradicional aspecto bipolar, retrospectivo e reparatório de uma demanda individual ou meramente coletiva.

Nesse sentido, a resolução retrospectiva da lide é, na verdade, uma ilusão de solução, porque, ao não combater as causas do problema, acaba não produzindo

¹⁰ Também chamadas na doutrina norte-americana de *prophylactic injunction* e de *institutional remedies*.

¹¹ "Reforma estrutural" é uma expressão proposta por Owen Fiss que alude a essa nova faceta do ativismo judicial, por meio da qual se reformulam diversas estruturas de instituições sociais (escolas, presídios, hospitais psiquiátricos), em razão do que o processo passou a ser organizado de uma forma diferenciada.

¹² "The formal medium through which the judiciary seeks to reorganize ongoing bureaucratic organizations so as to bring them into conformity with the Constitution" (FISS, 1993, p. 965).

¹³ Litígios estruturais também são denominados de coletivos, sistêmicos, estratégicos, de interesse público, dentre outros.

resultados sociais significativos, conforme explica Edilson Vitorelli: "Enfocam-se as suas consequências presentes mais evidentes, 'a conta-gotas', em processos individuais, ou mesmo em processos coletivos, mas que abordam parte do problema público" (VITORELLI, 2018, p. 341), hipóteses em que a atuação do legitimado coletivo e do Poder Judiciário possuem o condão de, inclusive, aprofundar as desigualdades e desorganizar ainda mais o serviço público que se pretendia melhorar.

As structural injunctions, apesar de seu caráter mandamental, não equivalem propriamente a atos coercitivos. Apenas atestam que uma instituição social deverá ser reconstruída (por exemplo, uma política pública de saúde ou educação), sob administração judicial, remanescendo a coerção como medida ultima ratio.

Explica Edilson Vitorelli (2021, p. 65) que as structural injunctions são ordens judiciais que impõem "não uma conduta isolada, a uma parte específica, mas um conjunto de medidas para ajustar comportamentos futuros, em vez de compensar erros pretéritos", cenário em que o juízo atua "mais como um agente de intermediação e de convencimento, não mediante decisão e imposição", tendo sido nesse exato sentido o entendimento exarado pelo STF na definição da tese vinculante no bojo do Tema 698.

Nos dizeres de Owen Fiss (2017, p. 25), a reforma estrutural é um tipo distinto de adjudicação, dado o caráter constitucional dos valores públicos envolvidos e o embate entre Judiciário e as burocracias estatais.

Nesse contexto, o juízo assume uma relevante função de legislador e executor, conforme aponta Desirê Bauermann (2021, p. 311), "já que ele passa a desenvolver e supervisionar políticas públicas, exercendo um papel principal no sucesso da implementação da medida por ele desenvolvida.

Interessante questão levantada pela autora envolve os limites da atuação judicial, ou seja, como definir até que ponto a tutela jurisdicional poderia e deveria ir. Menciona o caso das structural injunctions no sistema prisional norte-americano, perguntando o que significaria, no caso, não dar aos presos punições cruéis: "Significa não submetê-los a tortura? Não submetê-los a prisões superlotadas?". E segue: "Ou também significa lhes fornecer alimentação balanceada, celas com um tamanho específico, acesso a bibliotecas e internet, e um número mínimo de banheiros de acordo com o número de presos?"

Nesse cenário, o Judiciário se encontra envolvido em profundos níveis do tratamento a ser conferido aos presos, sem que houvesse intervenção executiva ou legislativa. Owen Fiss (2004, p. 94) alude ao fato de inexistir na Constituição norte-americana

previsão sobre "laudos, chuveiros ou solitárias; muito menos acerca das datas em que os laudos são devidos, da temperatura dos chuveiros ou do número máximo de dias que podem ser passados em uma solitária", mas como contém disposições a respeito do tratamento humano e da igualdade, o Judiciário tenta conferir significado a esses valores constitucionais, inclusive tratando dessas especificidades "como uma forma de trazer a organização para dentro dos limites constitucionais".

Desirê Bauermann entende que a solução consensual nos processos estruturais apresenta inúmeras vantagens em relação à decisão judicial imposta, porque (a) o acordo evitaria o custo e o tempo de um processo, (b) as discussões antecedentes ensejam um acordo mais detalhado, (c) as partes acabam conhecendo mais o direito material envolvido, podendo, dessa forma, desenvolver medidas mais adequadas a sua concretização e (d) os réus tendem a respeitar mais os acordos de cuja formação puderam participar que uma decisão unilateralmente imposta pelo juízo.

A legislação brasileira e os princípios jurídicos aplicáveis permitem adaptações da técnica jurídico processual conforme as necessidades e peculiaridades da controvérsia, sendo plenamente viável, em processos estruturais ou não, a adoção de um modelo de cumprimento judicial criativo, aberto, dialógico, cooperativo, colaborativo e consensual em face da Fazenda Pública, evitando-se, com isso, aplicações rigorosas da lei e dos comandos judiciais, que, em muitas vezes, vão de encontro à instrumentalidade e efetividade do processo, incompatibilizando-se, assim, com a adequada tutela jurisdicional constitucionalmente exigida, inclusive se considerarmos as peculiaridades da Fazenda.

2 CRONOGRAMAS NEGOCIADOS DE CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO

A respeito do tema posto, a doutrina especializada trata dos cumprimentos negociados, os "cronogramas negociados de cumprimento voluntário", nos dizeres de Eduardo José da Fonseca Costa (2016, p. 109), nos quais se fixariam as etapas propriamente ditas, os meios de acompanhamento e monitoramento de sua consecução, eventuais novas negociações e a nomeação consensual de um administrador, se o caso), inclusive em termos orçamentários (determinação de inclusão de verba própria para atendimento ao comando judicial)¹⁴.

Lembra Felipe Barreto Marçal (2021, p. 152) que a tutela reparatória ou sancionatória não é vedada no

seu cumprimento, a forma de fiscalização, os fundamentos de fato e de direito, e a previsão de medidas para seu cumprimento.

¹⁴ Há previsões a este respeito nos Projetos de Lei sobre a ação civil pública, como o art. 36 do PL nº 4.441/20 que, ao prever a convenção quanto ao direito material, exige que seja escrita e que contenha os deveres, as obrigações e os ônus assumidos, o prazo e o modo de

processo estrutural, mas seus malefícios seriam muito maiores que seus benefícios, mencionando, por exemplo, que o montante pecuniário que a parte ré foi obrigada a pagar a título de reparação por um dano coletivo poderia ser utilizado para acelerar o cumprimento das medidas estruturais estabelecidas, além do fato de que “esse dinheiro acaba indo para um fundo, que normalmente não reverte os valores para a tutela (reparação ou prevenção) dos direitos violados”.

No mesmo sentido entendem Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 17-18), destacando a inutilidade da tutela sancionatória quando o produto da execução coletiva se destina aos fundos, porque raramente será aplicado à recomposição dos bens lesados, de modo que, se indispensável a sanção, que seja voltada “à reparação *in natura* do direito violado, pois se mostra mais eficiente”.

O controle judicial de políticas públicas por meio da técnica adotada no processo estrutural tem maior chance de ser efetivo, justamente porque a implementação da decisão estrutural ocorre por meio de constante diálogo interinstitucional, cenário em que, mesmo não havendo completo consenso em relação às medidas a serem aplicadas, o Judiciário teria condições para decidir de modo informado, sob uma ótica consequencialista, - por conseguinte, tornando sua decisão mais legítima - em razão do modelo processual participativo e dialógico.

Nesse sentido, prevê o art. 2º, parágrafo único, inc. I, do PL nº 8.058/14 que o processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas será, dentre outras características, estrutural, “a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes”.

Explica Camila Perez Yeda Moreira dos Santos (2021, p. 66-67) que a execução termina apenas quando o objetivo é alcançado, o que costuma demorar, “já que normalmente é necessária uma etapa de planejamento, fixando-se objetivos, fases de execução e prazos correspondentes para a consecução dos objetivos almejados”, podendo o juízo servir-se de um terceiro independente e/ou de órgãos públicos/entidades privadas para acompanhamento da execução, “sempre privilegiando o diálogo entre as partes”.

Conclui, assim, que esse tipo de litígio, estrutural, dada sua complexidade, a heterogeneidade das questões envolvidas e a multipolaridade, exige uma nova visão de procedimento adequado, o que envolve “mudança de paradigmas, desde a legislação até a mentalidade dos participantes”.

A autora ressalta, assim, que o sucesso do cumprimento de decisões judiciais em processos estruturais exige a ampliação dos poderes do magistrado e a construção de diálogo entre as partes, além do que as decisões devem ser flexíveis, justamente porque a situação fática muito provavelmente se modificará no decorrer do tempo. Nesse sentido, tal cumprimento “não pode simplesmente seguir a lógica

individualista do processo civil, em que o magistrado impõe uma decisão rígida e as partes devem cumprir”.

Essa lógica segundo a qual o modelo tradicional de processo civil não se adequa a conflitos policêntricos e multiplexos, exigindo-se, para a efetiva tutela do direito material, sua reformulação e ampla flexibilização, também pode e deve ser aplicada a processos não estruturais, mas em cujo bojo se deduzam pedidos que abrangem, na prática, inúmeros interesses e outras partes.

Tais processos, na verdade, podem envolver conflitos muito mais amplo que aqueles narrados na petição inicial a respeito da lide, dados os impactos orçamentários e na própria consecução das políticas públicas. Mas ainda é bastante comum a condução processual tradicional nesses casos, mantendo-se as partes em posições diametralmente opostas, sendo a decisão judicial (tutela provisória ou sentença) essencialmente imposta sob um viés essencialmente autoritário e retrospectivo.

A este respeito, constata Matheus Souza Galdino (2019, p. 139) que se pode falar em “graus de estruturalidade”, conforme a amplitude dos efeitos da reestruturação a ser promovida, trazendo uma metáfora bastante ilustrativa a respeito de uma árvore cujos frutos são venenosos.

No caso, poderia ser concedida uma tutela inibitória em um processo com baixo ou nenhum grau de estruturalidade para que esses frutos fossem colhidos e encaminhados para um descarte seguro. Nesse caso, posteriormente apareceriam novos frutos venenosos, de modo que o mesmo procedimento do descarte seguro poderia ser realizado em razão de outros eventuais processos.

Em outra hipótese, poderia ser concedida uma tutela inibitória em um processo com um grau mais alto de estruturalidade, para que os frutos não fossem colhidos, cortando-se, antes, os galhos da árvore, com o que não nasceriam novos frutos venenosos até que novos galhos brotassem.

Por fim, poderia ser concedida uma tutela inibitória em um processo com grau de estruturalidade ainda maior, visando-se ao corte do tronco da árvore. Um grau maior de estruturalidade haveria apenas em um processo no qual se visasse ao corte da raiz (grau máximo de estruturalidade).

Nessa toada, Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 392-383) aponta que as decisões e medidas estruturais são, em regra, o último recurso a ser empregado, pois, quando outras medidas, mais simples, se mostrarem adequadas, inexistiria razão para as medidas estruturais, dado seu caráter complexo, custoso e intrusivo, custoso inclusive ao próprio Judiciário, em sentido amplo, dadas as dificuldades de implementação e seu controle.

Também ressalta Leonardo Medeiros Júnior (2018, p. 85) que “não se pretende a vulgarização do modelo de processo estrutural com todo e qualquer

litígio que envolva a concretização dos direitos fundamentais sociais”, não podendo ser aplicado de qualquer forma e em qualquer caso, “sob pena de ruptura sistêmica”.

Defende que deve ser adotado em caso de “recalcitrância ou prolongada inércia do Poder Público na implementação de direitos fundamentais”. Também entende que não se aplicariam decisões estruturais a casos passíveis de solução por meio de decisões simples: “[...], quanto uma decisão individual for suficiente para reparar a lesão, não se deve utilizar de medidas mais amplas e complexas”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto do quanto decidido pelo STF no Tema 698, surge a imprescindibilidade de uma intervenção jurisdicional em política pública mitigada e condicionada, de caráter interinstitucional e estruturante, promovendo-se, dessa forma, uma tutela mais efetiva do interesse público, evitando-se, concomitantemente, uma afronta direta ao princípio da separação de Poderes (art. 2º, CF).

O entendimento do STF no Tema 698 acaba por reservar à Administração Pública, na prática, a possibilidade de escolher os meios para que o objetivo material, indicado na decisão judicial, seja alcançado, preservando-se, assim, sua discricionariedade administrativa, conforme os critérios administrativos da oportunidade e conveniência, inclusive, se o caso, com a adoção de um regime de transição (art. 23 da LINDB¹⁵).

E tal entendimento vai ao encontro do que ordinariamente acontece: são fartos os casos judiciais demonstrando que a mera determinação de execução de medidas pontuais por parte da Administração Pública não tem logrado êxito, sendo muito mais racional, efetivo e adequado que sejam apontadas as finalidades a serem alcançadas, devendo o Poder Público, para tanto, apresentar um plano e/ou meios adequados para alcançar tais finalidades.

Até mesmo porque esse tipo de condenação não pode engessar a atuação da Administração, dado que as circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas e até mesmo jurídicas podem ter se alterado.

A tipologia de conflito ora examinada exige do Poder Judiciário um novo papel (gerenciador, mediador, estratégico) para fins de efetiva e adequada consolidação de valores públicos. E não apenas do

Judiciário, como também dos membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos advogados públicos e privados, bem como dos gestores públicos¹⁶.

Nesse ponto, também é um grande desafio à Advocacia Pública o manejo de técnicas estruturantes, principalmente sob a ótica do necessário trabalho em conjunto com a Administração Pública, que nem sempre deseja, de fato, entender o pano de fundo que ensejou o ajuizamento dos processos e, mesmo entendendo, nem sempre almeja envolver-se na reestruturação pretendida.

De fato, o emprego de técnicas estruturantes nos processos envolvendo o Poder Público demandam, sobretudo, uma mudança cultural, porque de nada adianta uma postura resolutiva e colaborativa por parte dos advogados públicos sem a Administração não se empenhar em fornecer as informações e os cronogramas necessários, bem como se não se organizar internamente para cumprir o quanto negociado.

Com efeito, resta ultrapassado, inclusive em termos de efetividade da tutela do interesse público, o manejo de técnicas processuais tradicionais na intervenção jurisdicional em políticas públicas, sendo mister o emprego de técnicas mais consequencialistas e de cunho verdadeiramente estruturante, sempre com o imprescindível apoio da Administração.

Ou seja, esse tipo de conflito exige respostas difusas, flexíveis e negociadas, com uma perspectiva futura, evitando-se, com isso, que o cumprimento da decisão judicial consista em um problema maior que o próprio litígio sub judice.

¹⁵ “A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

¹⁶ Conforme pesquisa realizada pelo CNJ a respeito da judicialização da saúde, a atuação aproximada entre gestores e Procuradores enseja defesas mais técnicas e também informa aos magistrados

dados reais sobre estoque de medicamentos e prazos para compra e distribuição, cenário em que os juízes tendem a atuar com maior reserva na imposição de multas por descumprimento e na fixação de prazos curtos para cumprimento, “uma vez que passam a conhecer melhor a política e se aproximar da gestão de compra, um processo complexo que enfrenta dificuldades adicionais trazidas pela judicialização” (BRASIL, 2019).

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (R.TRF1)*, Brasília, v. 29, n. 1-2, p. 70-79, jan./fev. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3lxzwmq>. Acesso em: 13 abr. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. A proteção ressarcitória de danos coletivos e o devido processo legal: a experiência brasileira. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*, 3. ed., n. 3, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo (RePro)*, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

BAUERMANN, Desirê. Structural injunctions no direito norte americano. //: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 305-327.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sumário executivo – Justiça Pesquisa. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 698 de Repercussão Geral, RE 684.612, j. 30/06/2023, DJe 07/08/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303, p. 45-81, mai. 2020.

ESTADOS UNIDOS (US Supreme Court). *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 13 abr. 2024.

FISS, Owen. *Direito como Razão Pública. Processo, Jurisdição e Sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles (Coord.). Curitiba: Juruá Editora, 2017.

FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. por Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coord. por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen. "The allure of individualismo". *Iowa Law Review*, v. 78, n. 5, p. 965-979, 1993.

FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 761-768.

FONSECA COSTA, Eduardo José da. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 59, p. 109-136, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3Xfaqqq>. Acesso em: 14 abr. 2024.

GARCIA SOUZA, Fernando. Política educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. //: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 251-257.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448.

MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos estruturantes*. Salvador: Juspodivm, 2021.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. *Processo estrutural consequencialista: A intervenção judicial em políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MOREIRA DOS SANTOS, Camila Perez Yeda. *Processo Estrutural: Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2021.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; CARVALHO FARIA, Ana Maria Damasceno de. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar. *Novas tendências. Diálogos entre direito material e processo – Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 365-383.

SOUZA GALDINO, Matheus. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. Dissertação (Mestrado). Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2019. p. 139. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, p. 333-369, out. 2018.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer - arts. 273 e 461, CPC. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 19/1996, p. 77-101, jul./set. 1996.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33-72.