

PERSPECTIVAS DE APRIMORAMENTO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E A REMODELAGEM DA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DOS ÓRGÃOS JULGADORES¹

**PERSPECTIVES ON THE ENHANCEMENT OF PUBLIC POLICIES' JUDICIAL REVIEW:
RELATIVIZATION OF THE RES JUDICATA AND REMODELATION OF THE COURTS'
ADMINISTRATIVE STRUCTURE.**

Acácio Miranda Silva Filho

Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pelo IDP/DF. Master em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada/Espanha. Coursou pós-graduação lato sensu em Processo Penal na Escola Paulista da Magistratura e em Direito Penal na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. É especialista em Teoria do Delito na Universidade de Salamanca/Espanha, em Direito Penal Econômico na Universidade de Coimbra/IBCCRIM e em Direito Penal Econômico na Universidade Castilla - La Mancha/Espanha. Tem extensão em Ciências Criminais, ministrada pela Escola Alemã de Ciências Criminais da Universidade de Gottingen/Alemanha, em Direito Penal pela Universidade Pompeu Fabra/Espanha, ministrada em convênio com a Escola Paulista da Magistratura, em Direito Parlamentar pela Universidade Castilla La-Mancha/Espanha e de Prevenção à Lavagem de Capitais pela Universidade de Salamanca/Espanha. São Paulo/SP, Brasil. Vinculado à UNIFMU. E-mail: acaciomirandafilho@gmail.com.

Arthur Paku Ottolini Balbani

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Especialista (pós-graduação lato sensu) em Direito Empresarial pela Escola Paulista da Magistratura/SP. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Vinculado à Universidade de São Paulo e ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (onde exerce a função de assistente jurídico em gabinete de Desembargador). São Paulo/SP, Brasil. E-mail: arpaku@gmail.com.

RESUMO: O controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade decorrente do papel assumido pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, no qual a tutela dos direitos fundamentais e o estabelecimento de meios efetivos de sua concretização é a finalidade do Estado. No entanto, o

sistema jurídico brasileiro, seja em termos de gestão de tribunais, seja no que toca ao próprio processo civil, ainda não assimilou na integralidade essa nova perspectiva, o que compromete qualitativamente o aspecto decisório do controle. Através de revisão bibliográfica da doutrina especializada e da análise

¹ Artigo recebido em 10/9/2022 e aprovado em 26/01/2023.

da realidade específica dos Tribunais, partindo de experiências análogas, o presente estudo busca analisar as propostas possíveis para o aprimoramento do controle jurisdicional das políticas públicas, indicando, ao final, uma solução administrativa – a criação de varas judiciais especializadas, concomitante à dotação de maior estrutura técnica aos quadros dos tribunais, para lidar com as demandas atinentes ao controle jurisdicional de políticas públicas – e outra processual – a relativização da coisa julgada quanto aos meios eleitos pelo Judiciário para implementar a política pública – para a superação desse *status quo*, ciente de que, para o tratamento dessa matéria, é fundamental ter como norte o aspecto de efetivação dos direitos fundamentais. Tais propostas derivam das duas conclusões deste trabalho, no sentido de que as estruturas processuais hoje existentes, baseadas em uma concepção clássica do processo civil, não são adequadas ao *standard* contemporâneo de controle, e que é necessário buscar uma integração entre soluções processuais (perspectiva teórica) com mecanismos administrativos de gestão (perspectiva fático-concreta).

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada; controle jurisdicional; direitos fundamentais; estrutura dos tribunais; políticas públicas.

ABSTRACT: Due to the Democratic Rule of Law, public policies' judicial review is a new trend to the Judiciary since the

State's finality now demands him to be the fundamental rights' guardian and to assure effective ways to make them concrete. However, the juridical structure adopted in Brazil, both related to Judiciary Administration and Civil Procedure, has not yet conceived this new perspective, struggling with the qualitative aspects of this type of control. By reviewing specialized bibliography on the theme and analysing the specific reality faced by Brazilian Courts in similar situations, this article aims to analyse possible proposals to upgrade the current mechanisms used for the public policies' judicial review; this paper also proposes two different solutions to the issue, the first one related not only to the specialization of some judges, but also with reinforcements in Courts' staff, and the second one related to the relativization of *res judicata*, aiming that both of them may be able to create a better environment to public policies' judicial review. Both of these proposals are related to the conclusions of the paper, which indicates that the current structures and mechanisms are not enough to fulfil the contemporary control standards and that it is necessary to adopt a solution that integrates processual solutions (based on theory) and administrative mechanisms (based on concrete structures).

KEYWORDS: Courts' structure; fundamental rights; judicial review; public policies; *res judicata*.

INTRODUÇÃO

A consolidação do Estado Democrático de Direito trouxe consigo a superação de importantes paradigmas jurídicos e administrativistas – o que, por evidente, não importou no abandono de estruturas já utilizadas, mas de sua ressignificação para compatibilizá-las com a nova realidade estatal. A concepção enrijecida de Separação de Poderes deu lugar a uma tese eclética, que reconhece a possibilidade de intervenção na discricionariedade administrativa quando esta se mostra desprovida de proporcionalidade e razoabilidade.

Com esse novo panorama, a discussão acerca da admissibilidade do controle jurisdicional de *per se* dá lugar à discussão acerca da extensão do controle. Com a mudança do eixo de debate, era esperado que houvesse uma modificação da estrutura do Poder Judiciário, para que este pudesse receber as demandas e apreciá-las de maneira mais efetiva: afinal, fora isso que acontecera quando outras matérias, igualmente dotadas de maior complexidade e de nuances que ensejavam a especialização da jurisdição – violência doméstica e crimes financeiros, por exemplo -, passaram a ter proeminência na pauta de julgamentos. Contudo, a pretendida especialização não foi concretizada, sendo o tema ainda afeto às varas com competência para julgar processos atinentes à Fazenda Pública.

E, feita esta opção administrativa, teve o Judiciário de arcar com as consequências, dentre as quais

a inclusão de processos de tutela coletiva no mesmo universo deliberativo que outros feitos cuja lógica decisória é distinta, sobretudo quando da fase de cumprimento de sentença: não se tratam de obrigações pontuais ou que se esgotam em uma cadeia simples de atos administrativos, mas, em regra, de conjuntos de obrigações encadeadas, cada qual demandante de um acompanhamento próprio e que enseja apreciação à luz das constantes mutações da realidade concreta. Ato contínuo, na ausência da separação administrativa dos órgãos jurisdicionais competentes para a apreciação destas duas matérias, resta incrementado o risco de não ser destinada a devida atenção a tais feitos ou não ser o órgão jurisdicional provido da estrutura necessária para a adequada e integral prestação jurisdicional.

Em paralelo, emergem, na doutrina, alternativas decorrentes da modificação da estrutura do processo civil para tentar maximizar a efetividade do controle das políticas públicas e aproximá-lo da realidade típica da sua implementação pela via administrativa. Dentre elas, a proposta de flexibilização da coisa julgada, a qual, segundo seus defensores, permitiria evitar que o resultado útil do processo seja inócuo se, na fase de execução, se constatar a necessidade de readequação da política pública.

As duas opções destacadas nos parágrafos acima são apenas parte do amplo leque de sugestões e técnicas de aprimoramento possível que pode o legislador brasileiro adotar para solucionar os vícios usualmente

apontados do controle jurisdicional das políticas públicas.

O presente artigo, assim, não possui a finalidade de analisar de maneira individualizada as políticas públicas sujeitas ao controle jurisdicional, mas sim de propor alterações na própria estrutura por detrás do controle, de modo a aumentar a eficácia decisória e maximizar o resultado útil das demandas judicializadas. Objetiva-se, assim, a analisar a eficácia de duas estratégias que podem ser utilizadas para aprimorar o controle jurisdicional das políticas públicas, quais sejam, a reestruturação da administração judiciária – compatibilizando-a com as necessidades inerentes a esta espécie de controle – e a resignificação dos institutos tradicionais do processo civil, originalmente voltados à tutela individual.

A escolha feita por este tema se justifica na constatação de que, enquanto a tutela coletiva, os processos estruturais e o próprio controle jurisdicional de políticas pública têm ganhado fôlego nos Tribunais e adquirido maior relevância prática, pouco é feito para aperfeiçoar o modelo processual e de gestão administrativa e adequar estes dois tópicos à nova realidade posta. A hipótese que se propõe, deste modo, é que, acaso superados alguns dogmas processuais – ao que se destaca a relativização da coisa julgada – e incorporadas, à seara do controle das políticas públicas, técnicas de gestão já utilizadas em outras matérias – como a especialização de varas e a criação de núcleos de apoio

aos magistrados – será possível tornar este processo mais eficiente.

Optou-se, no presente trabalho, por analisar a questão essencialmente a partir de uma revisão bibliográfica da doutrina sobre o tema, ainda que se utilizem exemplos/situações práticas para melhor elucidação de alguns pontos. Ademais, por se tratar de uma nova proposta para enfrentamento de um problema concreto, partir da revisão bibliográfica permite que se tenha um quadro mais adequado da situação que ora se enfrenta e do estado da discussão doutrinária acerca das possíveis soluções.

Feitos estes esclarecimentos, elucida-se que o trabalho se encontra subdividido em quatro tópicos, para além desta introdução. O primeiro tópico abordará a temática da implementação de políticas públicas e dos desafios encontrados neste processo. O segundo item propõe discutir o controle jurisdicional destas políticas públicas em si, expondo as premissas do modelo hoje existente e quais os limites enfrentados na prática. O terceiro item, a seu turno, exporá duas propostas de aperfeiçoamento para o modelo de controle hoje existente: uma na seara processual (relativização da coisa julgada) e outra na seara de gestão administrativa (criação de varas especializadas e de núcleos de apoio aos magistrados). Por fim, o quarto item tratará das considerações finais a este trabalho, prestando-se como capítulo conclusivo.

1. A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM SUA “VIA

TRADICIONAL” E SEUS ASPECTOS DE COMPLEXIDADE

Antes de se adentrar na análise do controle jurisdicional de políticas públicas e da estrutura disponível nos tribunais brasileiros para tal, é importante que se tenha um panorama sobre o processo natural de implementação da política pública – ou seja, qual o fluxo de interações e a estrutura por detrás delas quando o Poder Executivo atua dentro dos ditames previstos pela Constituição Federal.

Bucci² conceitua “políticas públicas” como arranjos institucionais encadeados e organizados na forma de um processo, que resultam em ações estatais, configurando um programa de ação governamental: trata-se, portanto, da atividade do governo que visa a concretizar a finalidade do Estado³. A autora ainda concebe a existência de um ciclo formador das políticas públicas que deve necessariamente ser percorrido pelo gestor para que se implemente o plano de ação delineado, partindo-se do estabelecimento da agenda, que elencará as pautas sociais prioritárias e dentre as quais se escolherá aquela sobre a qual deverá o

governo deliberar, e prosseguindo com a fixação das condições de debate, a efetiva estruturação da política pública e a sua implementação pelos órgãos competentes.

Por outro lado, a despeito de apresentarem convergência quanto ao conceito de política pública, Baumgartner e Jones⁴ afirmam não serem elas estruturadas na forma de ciclo, mas em forma de processo, na medida em que, se na primeira proposição, uma fase seria necessariamente seguida por outra, conservando as mesmas sua relativa independência, na segunda tese haveria a possibilidade de retorno a um estágio anterior, inexistindo uma distinção estanque entre cada uma de suas etapas constitutivas.

Não há consenso doutrinário sobre a adoção de um modelo cíclico ou processual para as políticas públicas, e nem quanto ao número de estágios e sub-estágios verificados no seu desenrolar. Entretanto, independentemente da concepção, é possível afirmar que a toda política pública passa por quatro fases principais, como demonstrado na comparação entre os principais

² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 83

³ Nina Ranieri define a finalidade do Estado como a fundamentação última para as suas ações, representando um traço norteador de suas políticas – o que, contemporaneamente, corresponderia à concretização dos direitos fundamentais. Deste modo, as políticas públicas seriam instrumentos por meio dos

quais o Estado, concretamente, buscaria a sua finalidade e, ato contínuo, a ação ou omissão estatal que se desvie desse objetivo poderia ser questionada em Juízo. (RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Manole, 2013. p. 123)

⁴ BAUMGARTNER, Frank e JONES, Brian. *Policy dynamics*. Chicago: University of Chicago Press, 2002. p. 29-31

modelos teóricos existentes feita por Smith e Larimer⁵.

A primeira fase consiste na identificação de uma demanda no tecido social que necessita de intervenção estatal para ser reparada, em regra, associada à concretização dos direitos fundamentais (por exemplo, o fornecimento de medicamentos a portadores de determinada doença, a disponibilização de vagas em creche e a construção de moradia popular). A segunda fase corresponde à discussão acerca da necessidade de se adotar uma política pública estruturada para a resolução da demanda, considerando, ainda, a possibilidade de intervenção por meios menos complexos. A oitiva da população a ser beneficiada pela política pública é indispensável nessa fase, pois permite aferir a efetiva extensão da ação governamental a ser executada, ao mesmo tempo em que se começam a coletar elementos que, na fase subsequente, serão utilizados no desenho do plano de ação estruturado da administração – é o que se convencionou denominar de subfase de percepção, como destacado por Zahariadis⁶. Já a terceira fase é referente à estruturação da política pública em si, na qual, partindo-se do contexto previamente verificado nas duas primeiras etapas, decide-se acerca da fixação da modelagem que será utilizada. É a fase na qual se gesta o

núcleo da política pública, sendo imprescindível que se agregue ao conhecimento jurídico – que ditará os contornos do que o ordenamento pátrio admite para aquela política pública – os conhecimentos técnicos necessários para que os resultados produzidos se coadunem com as finalidades daquela política pública e sejam os mais efetivos possíveis. Por fim, a quarta fase consiste na implementação da política pública, ou seja, a subsunção da modelagem desenhada à realidade concreta. Resulta ela na grande “prova de fogo” para o trabalho da Administração Pública, pois sua efetividade se encontra diretamente condicionada com a capacidade de aderência do desenho elaborado às exigências e necessidades sociais, consoante proposto por Peters⁷. Daí se conclui que, se existentes ruídos entre a segunda e a terceira fase, ou se formulada uma política pública sem a observação daqueles dois passos anteriores, a qualidade do resultado será impactada.

A implementação de políticas públicas, assim, não se resume a decisões isoladas do Poder Executivo, mas sim de um processo composto por atos complexos e cujo resultado não é estanque e nem deve se prender a premissas enrijecidas. Deste modo, a superveniência de um novo panorama fático que afete a razão de ser daquela política pública ou que recomende uma

⁵ SMITH, Kevin B.; LARIMER, Christopher W. *The Public Policy Theory Primer*. Boulder, Colorado: Westview Press, 2013. p. 29

⁶ ZAHARIADIS, Nikolaos. *Handbook of Public Policy Agenda Setting*. Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing, 2016. p. 8

⁷ PETERS, B. Guy. *Advanced Introduction to Public Policy*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015. p. 21

reestruturação de seu planejamento deve ser imediatamente considerada e, se o caso, realizada uma nova modelagem.

O cenário que se apresenta ao gestor quando da elaboração de uma política pública, portanto, não é simples e nem decorre da ação de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos com as mesmas características, perpassando uma análise ampla, sob o prisma das áreas do conhecimento atinentes àquela política pública. Muitas vezes, ao gestor caberá encontrar a melhor solução exequível para um problema fático, ainda que, em teoria, existam alternativas mais adequadas para a solução em potencial – mas não em concreto – daquela situação. E o fato das políticas públicas ensejarem recursos – humanos, temporais e financeiros – para serem implementadas tem como consequência imediata a impossibilidade material de se buscar soluções, ao mesmo tempo, para todos os problemas verificados na realidade fática. Cabe ao gestor públicos definir a agenda governamental e elencar prioridades para seus planos de ação, na linha do proposto por Bachrach e Baratz⁸, o que, contudo, não implica em excluir a adoção de medidas efetivadoras dos demais direitos fundamentais ou relegá-las a um futuro

distante: dentro do exercício de seu mandato, cabe a ele decidir quais medidas serão tomadas de pronto e quais podem ser paulatinamente implementadas, considerando os orçamentos futuros.

Para Peters⁹, ainda que teoricamente este argumento acerca da formação da agenda encontre adeptos, estando amparado pelo princípio da racionalidade limitada dos agentes públicos, na prática, pode ele ser levado a fundamentar, de maneira implícita, a não implementação seletiva de políticas públicas: basta que o gestor alegue a priorização de outro ponto de sua agenda e que, em virtude de óbices orçamentários, não é possível executá-lo. Também não pode ser ignorada a hipótese levantada por Birkland¹⁰, na qual o gestor público, para satisfazer seus eleitores ou os *stake-holders*, tenta evitar controvérsias e deixa de lado a apreciação de medidas para sanar determinada problemática social, pois, apesar de sua urgente, não é ela “popular” e/ou carece de boa recepção por esses grupos.

É justamente em face desse desbalanceamento do sistema em favor de quem está no poder, afetando diretamente as minorias e outros grupos com algum tipo de vulnerabilidade, que se faz imprescindível no Estado Democrático de Direito a existência de

⁸ BACHRACH, Peter e BARATZ, Morton S. Decisions and non-decisions: na analytical framework. *American Political Science Review*, v. 57, n.3, pp. 632-642. p. 638.

⁹ PETERS, B. Guy. *Advanced Introduction to Public Policy*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015. p. 27-28.

¹⁰ BIRKLAND, Thomas. *An Introduction to the Policy Process: theories, concepts, and models of public policy making*. Nova York: Routledge, 2020. p. 216-217.

mecanismos aptos ao reequilíbrio estrutural, criando alternativas às quais podem esses grupos recorrer na inércia ou na atuação “inadequada” do Poder Executivo: a principal dessas alternativas¹¹, e a qual se enfatiza nesse trabalho, é o controle jurisdicional.

2. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PREMISSAS E LIMITES

A Constituição Federal consagra, em seu artigo 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição: vale dizer, é inadmissível que a lei exclua da apreciação jurisdicional lesões ou ameaças a direitos, não podendo a Administração, portanto, usar da Separação de Poderes como blindagem ao controle de suas ações e omissões.

É inócua, assim, qualquer discussão acerca do controle jurisdicional das políticas públicas caso não se parta da premissa de que a própria Constituição Federal o reputa válido e possível, desde que demonstrado que, no mínimo, da ação ou inação administrativa tenha decorrido violação a direitos fundamentais. Ademais, deve-se ressaltar que o reconhecimento da admissibilidade da intervenção do Poder Judiciário sobre as políticas públicas não implica na realização de juízo de

valor sobre o seu resultado ou sobre a melhor técnica decisória a ser aplicada – pontos estes que, além de maior controvérsia doutrinária, serão abordados mais adiante neste tópico -, mas apenas que há compatibilidade entre tal medida e os primados basilares do Estado Democrático de Direito.

Também é de se reiterar, ainda preliminarmente, que o controle jurisdicional e a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo que tome providências para implementar determinada política pública – inclusive mediante a fixação dos parâmetros a serem observados – não substituem, e nem são equiparáveis, ao processo natural de formação, desenvolvimento e execução da ação governamental: são apenas medidas paliativas e subsidiárias, que devem ser analisadas e implementadas com cautela.

Deste caráter secundário da intervenção jurisdicional decorre a tese de que o controle jurisdicional é mecanismo assecuratório do mínimo existencial, ou seja, do provimento material basilar que deve ser assegurado aos indivíduos para que possam eles gozar de seus direitos fundamentais e ter inserção na vida social – se projetando como aquilo necessário para se usufruir

¹¹ Ainda que existam outras alternativas à omissão administrativa, por mecanismos de pressão não judiciais (pressão midiática, controle político em eleições, formulação de questionamento junto às ouvidorias e obtenção de informações pela Lei de Acesso Informação, a título de exemplo), estas tendem a ter pouca

efetividade quando manejada por grupos mais vulneráveis ou cujos pleitos não possuem grande penetração junto à sociedade. O acesso à justiça, portanto, é uma garantia que se revela, por vezes, como a única estratégia possível para garantir a efetivação de seus direitos fundamentais.

minimamente de uma vida digna, na definição dada por Sarlet¹².

Sobre o tema, Grinover¹³ assevera que é imprescindível a interpretação e ponderação do mínimo existencial à luz da razoabilidade, de modo que, se determinada política pública for potencialmente apta a atingir a sua finalidade, ainda que não se revista do melhor desenho teórico, e se atender uma necessidade premente da população que dela se beneficiará, então não caberia o Poder Judiciário atuar para adotar uma modelagem que entenda ser mais adequada. A mensagem transmitida pela autora consiste em indicar que o Poder Judiciário deve avaliar se a política pública é apta a garantir o mínimo existencial, e não se existem técnicas que o garantam de uma maneira mais eficaz ou mediante o dispêndio de uma quantidade menor de recursos públicos. Entendida a ação estatal como proporcional e razoável, o restante da parametrização se imiscui no aspecto discricionário do mérito do ato administrativo, ao qual não cabe ao Poder Judiciário intervir.

E mesmo a utilização das normas de Direito Financeiro não é suficiente para ilidir a necessidade de efetivação

dos direitos fundamentais. Não se ignora a finitude dos recursos públicos, e nem o fato de que é preciso tentar garantir a homogeneidade de seu uso, mas, ao mesmo tempo, se concebe, tal qual feito por Canela Junior¹⁴ que ao gestor público é incumbida a tarefa de executar o orçamento de modo a garantir a consecução das finalidades do Estado. Logo, o gestor tem o dever jurídico de utilizar adequadamente os recursos públicos, devidamente alocados pela legislação orçamentária, permitindo o desenvolvimento das políticas públicas necessárias a atender as demandas sociais: e, uma vez que não é possível atendê-las integralmente e ao mesmo tempo, em tese, deveria o gestor deve elencar estas ações de acordo com sua prioridade e executá-las ao longo de seu mandato – o que, como destacado no item anterior, sabe-se não encontrar grande aderência prática, reforçando a importância da existência de mecanismos de controle.

Deste modo, para evitar arbitrariedades por parte dos gestores públicos e impedir uma “desídia seletiva”, os impedimentos de ordem orçamentária não podem ser utilizados como fundamento para obstar o acesso dos jurisdicionados ao mínimo

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis (SC), v. 1, n. 1, p. 29–44, 2013. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24>. Acesso em: 17 ago. 2022. p. 34.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. “in”

GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 125-150. p. 133-134.

¹⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a Reserva do Possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. “in” GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 225-236. p. 234.

existencial ou para afastar a efetiva concretização da decisão judicial que determine a implementação da política pública. O Judiciário, entretanto, pode fazer uso da argumentação orçamentária para ponderar o termo de cumprimento da decisão, permitindo ao gestor público tempo razoável para tal – o início de novo exercício orçamentário por exemplo –, balanceando a necessidade da execução da política pública e a imprescindibilidade de se dar continuidade às outras políticas já existentes: aplica-se o princípio da razoabilidade efetividade da garantia do mínimo existencial, à luz da finitude dos recursos estatais¹⁵.

Logo, a “demonização” da intervenção jurisdicional das políticas públicas não é possível, porque parte de uma análise deveras simplista sobre a relevância do controle jurisdicional. Como já destacado anteriormente, é preciso assegurar que seja conservada ao menos uma solução possível para a inação ou a insuficiência de ação estatal, sendo a via jurisdicional, no mais das vezes, o único meio apto a cumprir essa função. E, fixada essa premissa, é possível afirmar que a discussão atinente ao ativismo judicial não recai sobre a existência do controle, mas sobre seus limites, havendo autores que defendem um escopo de

atuação mais amplo e outros que preferem a tese de contenção máxima do Poder Judiciário – o próprio vocábulo “ativismo judicial” encontra polissemia decorrente destas duas teses.

Predominam duas grandes correntes acerca do ativismo judicial: a primeira, sintetizada nos escritos de Barroso¹⁶, que assevera que os órgãos julgadores não podem se manter passivos frente à anomia social provocada pela inação do Poder Executivo, devendo ser adotadas medidas enérgicas para garantir a concretização dos Direitos Fundamentais, os quais não se revestem dos trejeitos de meras normas programáticas; já a posição doutrinária oposta, sintetizada nos escritos de Ramos¹⁷ preconiza a autocontenção do Judiciário, admitindo a intervenção jurisdicional, mas que deve ser direcionada ao mandamento para que o Executivo atue ou reestruture uma ação desprovida de proporcionalidade/razoabilidade, sendo vedado ao Judiciário que delimite os parâmetros de atuação a apenas direcione ao Executivo o seu cumprimento.

Analisando a fundamentação ensejadora do ativismo judicial, que Ferreira Filho¹⁸ resume na ocorrência simultânea de três eventos distintos e

¹⁵ A jurisprudência majoritária corrobora a tese acima exarada, na linha do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 45 – julgado paradigma da matéria, que, embora não tenha tido seu mérito apreciado por perda de objeto, representou uma inflexão relevante na postura da Corte, que, em abstrato, exarou a possibilidade do controle jurisdicional

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 324.

¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Saraiva, 2015. p. 102.

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do judiciário e suas implicações*. “in” FRANCISCO, José Carlos.

não necessários correlatos – a expansão do controle judicial das políticas públicas, o desprestígio da classe política e a atribuição ao Judiciário de um papel de efetivação das normas constitucionais -, nota-se que nem mesmo a adoção da corrente refratária ao ativismo judicial é apta a ilidir a existência do controle jurisdicional. Afinal, se o ativismo decorre da expansão do controle, tem-se que este é causa daquele, e não que ambos são eventos simultâneos: mesmo para aqueles que criticam uma atuação excessiva dos magistrados, seria possível vislumbrar o controle jurisdicional, desde que observada a razoabilidade decisória.

Diante deste panorama, dúvida não há que o ativismo e o controle jurisdicional não se confundem, devendo ser eles diferenciados, inclusive quanto às críticas feitas. Mas há limites que devem ser observados, os quais restam evidenciados mesmo em decisões estruturais tomadas pelo Supremo Tribunal Federal (v.g. ADPF 347). Não pode o julgador ignorar as premissas da implementação das políticas públicas ou impor uma modelagem incompatível com o necessário para solucionar a omissão estatal que ensejou a política pública – e nem propor algo que transcenda a capacidade executória da Administração.

O cerne da intervenção jurisdicional, decerto, é a substituição

do Administrador dentro do juízo de discricionariedade. Não é adequado que o Poder Judiciário, dotado de uma estrutura com menor capacidade para compreender os aspectos globais da política pública, substitua o Administrador Público caso a medida implementada ordinariamente atenda à razoabilidade e concretize, de maneira adequada, os seus fins. Entretanto, cabe fazer o alerta de que esse juízo de suficiência e adequação da política pública não é absoluto e deve ser analisado à luz do caso concreto: com o passar do tempo, a escolha do administrador pode se tornar insuficiente, o que admitiria a revisão jurisdicional.

As críticas ao controle também decorrem de outro problema, que será abordado no item subsequente: muitas vezes, o se entende por um controle ativista e desarrazoado resulta da inadequação das estruturas existentes em nosso ordenamento jurídico a essa nova realidade institucional. E, entre tomar uma postura mais drástica, com conotação negativa de ativista, e deixar os direitos fundamentais dos jurisdicionados ao relento, fazendo essa escolha necessária tão somente porque a estrutura existente não permite a obtenção de um ponto de equilíbrio, dúvida não há que deve o julgador preferir pela segunda saída.

Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 222.

Periódico Quadrimestral da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Processual.
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*).
[www. redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br)



<https://creativecommons.org.br>

Ano 18. Volume 25. Número 3. set./dez. 2024.

3. INSUFICIÊNCIA DAS ESTRUTURAS TRADICIONAIS DO PROCESSO CIVIL

Firmada a premissa de que o controle jurisdicional de políticas públicas é constitucionalmente garantido no sistema jurídico brasileiro e delineadas as suas finalidades, pode-se avançar para um segundo momento de análise, que recai sobre a perspectiva da constituição e execução do processo de controle.

Em regra – ressalvados casos pontuais em que se tentou a adoção de estratégias externas ao processo para buscar a melhor satisfação da pretensão –, a tutela jurisdicional das políticas públicas não difere das regras ordinárias do processo civil. Do ajuizamento da ação segue-se o desenrolar da fase do conhecimento, com oferecimento de defesa pela Fazenda Pública, produção de provas, prolação de sentença e eventual interposição de recursos, até o trânsito em julgado. Formada a coisa julgada, inicia-se a fase executiva, em que se busca a satisfação daquilo que fora decidido na fase de conhecimento, em regra, obrigações de fazer (implementação da política pública) ou não fazer (abstenção de executar ações governamentais tidas como desproporcionais e/ou desarrazoadas).

Em uma análise perfunctória, a estrutura acima apresentada aparenta encontrar aderência ao modelo de tutela pretendido. Afinal, ao cidadão que busca gozar da ação estatal, pouco importa o modo como se chegará ao resultado final, mas sim a certeza de que

este será produzido. Entretanto, analisando detalhadamente a matéria, a produção do resultado é indissociável de seu meio: a adoção de uma melhor modelagem processual, que traga para o processo parte dos elementos de complexidade que orbitam em torno da formulação de políticas públicas, tem aptidão a levar a produção de resultados mais adequados.

As demandas atinentes ao controle das políticas públicas, contudo, não se adequam ao perfil tradicional dos litígios. Analisando-se a espécie de tutela buscada, dúvida não há de que se trata da busca pela efetivação de direitos transindividuais, de natureza tipicamente difusa. Tal característica, por si só, não justificaria a tese ora proposta, já que o processo civil brasileiro já há muito tem lidado com a temática dos direitos difusos – a tutela consumerista, por exemplo – e tem encontrado soluções satisfatórias para tal, sem a necessidade de criação de uma nova estrutura. Ocorre que é justamente pela ênfase atribuída ao meio de concretização da tutela que se afirmam serem estruturais as decisões que readéquam à normalidade o estado de coisas marcado anteriormente pela falta ou insuficiência de políticas públicas, prevendo tanto um resultado final a ser alcançado e as condutas/medidas que devem ser observadas para que nele se chegue,

consoante proposição de Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira¹⁹.

Agregando-se a esse caráter porventura estrutural da decisão, é possível identificar outros desafios que precisam ser observados tanto pelos operadores do direito e pelos Tribunais que necessitam ser solucionados. Uma das candentes dificuldades acerca da judicialização das políticas públicas está na visão individualizada das decisões do Poder Judiciário, a qual decorre da ausência de estrutura do Poder Judiciário para agir em demandas estruturais. Sobre o tema, Susana Henriques da Costa²⁰ afirma que a exigência de técnicas mais adequadas para o controle jurisdicional de políticas públicas implicaria em um redesenho do modelo processual a ser aplicado. Para a autora, seria insuficiente que simplesmente se imputasse ao juiz um parâmetro de controle ou que se alterasse o perfil do julgador, mas que se buscasse uma modificação sistêmica, apta a captar as nuances desse tipo de decisão e permitir que os seus resultados não fossem “contaminados” com expectativas e interpretações típicas das demais demandas na esfera civil.

Assim, é possível afirmar a necessidade de tratamento diferenciado desse tipo de demanda em virtude da complexidade multidisciplinar para a constituição e implementação de seus

resultados, para o que é imprescindível a dotação de maior estrutura aos Tribunais. Ao mesmo tempo, nota-se, pelo caráter estrutural e fluído da demanda, a incompatibilidade com a rigidez da coisa julgada, pelas já mencionadas sujeições da política pública às necessidades dos cidadãos, o que se dá de maneira dinâmica inclusive no curso do processo.

Não resta dúvidas, assim, que a doutrina processualista enseja por mudanças na técnica processual utilizada para a intervenção jurisdicional em políticas públicas. Isso pode ocorrer de duas maneiras: mediante a criação de um regramento processual próprio para o tema – o que é discutido na Câmara dos Deputados na forma do Projeto de Lei nº 8.058/14, ainda em estágio inicial de tramitação -, ou através da adaptação de estruturas administrativas e de aspectos processuais pontuais para harmonizar o regramento processual civil já existente com o quadro peculiar do controle das políticas públicas.

Ainda que a primeira estratégia pareça ser a mais adequada, do ponto de vista sistêmico, pois permitiria um “começo do zero” e contemplaria todos os aspectos revisionais importantes da matéria, o presente estudo não possui o condão de analisá-la, seja pelo fato de existir proposição legislativa versando sobre tema, seja por se tratar de

¹⁹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). Processos

estruturais. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 423-461. p. 431.

²⁰ COSTA, Susana Henriques da. Controle judicial de políticas públicas: relatório geral do Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 57, jul./set. 2015. p. 240.

proposta aplicável apenas a longo prazo, ensejando maturação normativa e reestruturação completa do Poder Judiciário.

A análise a ser feita neste item, portanto, contempla duas contribuições que podem ser incorporadas no Poder Judiciário brasileiro para aprimorar o controle jurisdicional, e que não são necessariamente excludentes e nem representam a totalidade das alternativas existentes: a primeira, de natureza administrativa, toca a implementação de varas especializadas para julgamento desse tipo de demanda; a segunda, de natureza processual, enseja a revisitação do instituto da coisa julgada para a tutela coletiva, pretendendo a sua flexibilização.

3.1. REESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS TRIBUNAIS: A CRIAÇÃO DE VARAS ESPECIALIZADAS PARA JULGAR DEMANDAS ATINENTES AO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O ESTABELECIMENTO DE NÚCLEOS DE APOIO AOS MAGISTRADOS

Ao contrário da solução que será proposta no item subsequente – que enseja uma alteração em pontos nevrálgicos do sistema processual civil ora vigente –, a reestruturação administrativa dos Tribunais para que sejam criadas varas especializadas para julgar as demandas atinentes ao controle de políticas públicas é a que encontra menos entraves jurídicos.

Deve-se fazer consideração preliminar antes de analisar o tema propriamente dito. Ainda que as grandes questões atinentes às políticas públicas tendam a chegar aos Tribunais Superiores e lá resultem em decisões definitivas – como ocorrido com o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, na ADPF 347 já mencionada, e com a fixação dos requisitos normativos para concessão de medicamentos não padronizados, no Tema 106 dos Recursos Repetitivos do Superior Tribunal de Justiça –, é fato que as ações manejadas tendem a seguir toda a *via crucis* do Poder Judiciário brasileiro, sendo apreciadas pelas instâncias ordinárias e por elas sendo cumpridas. E, além dessas ações, há também outras políticas públicas judicializadas e cuja discussão sequer é levada aos Tribunais Superiores, sobretudo a nível municipal, e cuja realidade fica mascarada pelo universo de demandas represadas nos tribunais brasileiros.

Assim, a proposta de reestruturação interna das instâncias ordinárias possui a finalidade não apenas de melhorar a execução dos julgados, mas de permitir que a sua deliberação desde a fase de conhecimento seja feita da maneira mais adequada, reduzindo o risco de decisões teratológicas – as quais se encontram na raiz do movimento crítico à judicialização. Afinal, como preconizado por Araújo²¹, a alegação de “inexperiência” dos magistrados na

²¹ ARAÚJO, Vanessa Mascarenhas. A sentença estruturante e o pleno acesso à Justiça: em

busca da adequada solução dos litígios coletivos complexos e da efetividade das

implementação de políticas públicas não pode ser um obstáculo à admissibilidade do controle destas e, se o caso, do proferimento de decisões estruturais: cabe ao próprio Poder Judiciário oferecer os subsídios necessários para que a atividade jurisdicional seja satisfeita adequadamente.

Tal proposição, entretanto, não significa que o julgamento da matéria apenas deva ser feito por varas especializadas em todas as comarcas do país – como se destacará adiante, para evitar que os custos da solução sejam maiores do que seus benefícios, algumas condicionantes deverão ser feitas -, sob risco de criação de entraves ao acesso à justiça, pretensão que afrontaria a Constituição Federal. Busca-se, assim, a proposição de solução intermediária, que, evitando prejuízos ao acesso à justiça, maximize a efetividade da prestação jurisdicional.

Já é pacífico na jurisprudência brasileira que a criação de varas especializadas pelos Tribunais não ofende o princípio do juiz natural e nem exige regulamentação legal, uma vez que se trataria de matéria afeta a organização interna dos Tribunais, o que pode ser regulamentado por ato interno da Corte (v.g. o decidido no Habeas Corpus nº 88.660/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, *leading case* da matéria no Supremo Tribunal Federal).

Trata-se de medida, ademais, que tem sido verificada como adequada para destacar os processos dotados de peculiaridades dos demais litígios e minimizar os riscos de erros decisórios não decorrentes do desconhecimento da lei, mas de uma má interpretação de traços singulares daquele tipo de processo e que possuem a aptidão de comprometer o processo decisório.

A especialização das varas, aliás, tem sido reconhecida pelos usuários do sistema de justiça, em pesquisas feitas pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020)²² como uma solução administrativa que satisfaz de maneira adequada a prestação jurisdicional de litígios complexos. E conclusão diversa dificilmente seria obtida, se analisada em abstrato as premissas por detrás

Todavia, a adoção desta estratégia esbarraria em problemas materiais: a insuficiência de estrutura de Tribunais, principalmente longe dos grandes centros, quando a estruturação das comarcas na forma de varas únicas ou em subdivisões mais singelas, e a falta de pessoal capacitado para montar o quadro necessário a atender a essa demanda especializada.

Uma primeira alternativa seria a criação de varas regionalizadas, que responderiam por um conjunto de comarcas. Este mecanismo foi adotado pelo Estado de São Paulo por meio da Lei Complementar nº 1.336/18 para as

políticas públicas. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 1136-1159. p. 1148-1149.

²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Juízes, servidores e advogados aprovam especialização*

de varas para melhoria do serviço. Notícia eletrônica. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/juizes-servidores-e-advogados-aprovam-especializacao-de-varas-para-melhoria-do-servico/>>. Divulgada em 28 ago. 2020. Acesso em 19 ago. 2022.

varas empresariais no interior o Estado, mas ainda não implementado. Posiciona-se contrariamente ao uso da regionalização e aglutinação de comarcas para as políticas públicas em virtude da maior vulnerabilidade dos litigantes, de modo que tal medida poderia acarretar em incremento das dificuldades do acesso à justiça e de aferição da realidade fática local – problemática que se visa a afastar.

A questão da falta de estrutura poderia ser solucionada com a fixação de critérios para a criação das varas especializadas em litígios atinentes a políticas públicas, limitando seu uso apenas em comarcas de maior porte, tal qual feito pelo Conselho Nacional de Justiça quando da recomendação da criação das Varas Especializadas em Direito Sanitário – restringindo a proposição apenas às comarcas que apresentassem mais de uma vara de Fazenda Pública, nos termos da Resolução nº 238/2016 – e das Varas Especializadas em Recuperação Empresarial e Falências – restringidas às comarcas que atingissem a média de 221 casos novos principais relacionados à matéria, admitindo-se, para atingir esse índice, o somatório da distribuição de comarcas contíguas, nos termos da Resolução nº 56/2019.

Entretanto, a simples reorganização interna dos Tribunais e a criação das varas especializadas não esgota todas as dificuldades atinentes ao controle jurisdicional, já que a realidade da implementação das políticas públicas transcende os conhecimentos jurídicos e a prática de equívocos pode levar não apenas ao

dispêndio de recursos públicos, mas a manutenção do *status quo* de afronta aos direitos fundamentais dos interessados naquela demanda. Assim, de nada adiantará a segregação dos processos se os Tribunais não dotarem esses órgãos de mecanismos aptos a analisar de maneira mais adequada esses processos, ou seja, é imprescindível que junto às novas varas seja paulatinamente incorporada solução de *expertise*, com a disponibilização de profissionais técnicos que permitam dar ao magistrado uma visão mais ampla daquela política pública e aumentem a sua segurança decisória.

É o que ocorre, por exemplo, em matéria de direito sanitário, com a disponibilização aos magistrados de acesso ao sistema NAT-JUS, que permite a realização de consultas sobre a possibilidade de concessão de determinadas terapias medicamentosas e realização de cirurgias, com a expedição de resposta em prazos exíguos – até setenta e duas horas. No entanto, a medida encontra resistências dos magistrados, seja por desconhecimento da plataforma, seja por desinteresse, por não se apresentar a questão do direito à saúde, *prima facie*, como matéria deveras complexa.

Entretanto, já que a solução efetiva das políticas públicas recomenda o conhecimento das circunstâncias reais e das dificuldades operacionais “na ponta”, adotar uma exclusivamente uma plataforma virtual para auxílio aos magistrados no tema não aparenta ser a alternativa mais adequada, ainda que, em um primeiro

momento, seja a de mais fácil implementação. Por outro lado, pelas dificuldades estruturais já indicadas anteriormente, é completamente inviável que todas as varas especializadas em controle de políticas públicas sejam dotadas de uma equipe completa de profissionais de apoio ao magistrado aptos a orientá-lo plenamente em todas as demandas.

Mais interessante é a adoção de um regime híbrido, disponibilizando uma equipe de apoio mínima, que integraria o gabinete do magistrado, e, paralelamente, criar plataforma que permita a consulta do magistrado a especialistas sobre matérias de maior complexidade, mas com resultados em tempo menor do que o verificado para a perícia judicial.

É de se pontuar que tal estrutura não poderia simplesmente ser substituída pela designação de peritos judiciais, e nem vice-versa. A proposta é que se conservem ambos os mecanismos, mas com finalidades distintas: enquanto a estrutura de apoio seria destinada a auxiliar o juiz em questões mais urgentes e em aspectos gerais da política pública judicializada, a produção da prova pericial continuaria possível para atender a exigência de provar determinada situação de fato.

Ilustrativamente, basta pensar em uma ação civil pública em que seja pedida tutela de urgência para determinar que o Poder Público

promova obras emergenciais para assegurar saneamento básico a determinado grupo populacional ou, subsidiariamente, adote medidas para atenuar essa lesão aos direitos fundamentais desse grupo. Ainda que possível a deliberação do magistrado sem a consulta a profissionais de apoio, é certo que, tendo disponível mecanismos que lhe auxiliem a melhor compreender a situação e fundo e a suficiência daquilo que já é feito pela Administração Pública, ao magistrado é minimizada a chance de erro; contudo, admitir apenas o uso de perícia nessa hipótese ensejaria o decurso de maior intervalo temporal, no qual a lesão aos direitos continuaria a ocorrer.

Além disso, as estruturas cooperativas internas aos Tribunais contribuem para que a própria Corte comece a desenvolver o *know-how* na temática e busque a qualificação de seus profissionais para melhor decidir, evitando que a racionalidade limitada dos julgadores – que Rosa²³ afirma ser dificuldade inerente ao processo estrutural e cuja superação é necessária para que o instituto alcance as suas finalidades e para agregar elementos de convencimento ao magistrado que permitam a melhor concatenação da decisão estrutural – se torne um empecilho à efetivação do direito à prestação jurisdicional qualitativa.

Zufelato²⁴, nesse sentido, já afirmara a importância da participação

²³ ROSA, Viviane Lemes da. Aplicações da Teoria da Racionalidade Limitada às decisões estruturais. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*.

3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 1221-1245. p. 1228.

²⁴ ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. “in” GRINOVER, Ada Pellegrini

de especialistas em assuntos não jurídicos, mas que sejam pertinentes à formação da política pública em questão, para a produção de um resultado satisfativo mais adequado – o tema constava do Projeto de Lei nº 5.139/09, já arquivado pelo Congresso Nacional, e que buscava criar nova lei para a Ação Civil Pública.

Esses especialistas, ainda, em nada se confundiriam com a figura do *amicus curiae* prevista no artigo 138 do Código de Processo Civil - que em nada seria afetada pela proposição ora feita, já que ela possibilita um incremento qualitativo do substrato decisório, garantindo, conjuntamente às audiências públicas, que as técnicas de controle jurisdicional efetivamente permitam a manifestação da sociedade civil e tenham cognoscibilidade da realidade fática, “vivificando” a letra da lei, consoante ensinamento de Couto e Silva²⁵.

O *amicus curiae* é o defensor de um interesse institucional e que, em tese, traz ao debate provocado pelo ajuizamento de uma demanda uma visão exoprocessual e apartada dos interesses subjetivos, mas não é completamente isento quanto às suas pretensões com o resultado final do processo, considerando suas projeções em abstrato²⁶. Já a Comissão de Especialistas ou a equipe jurisdicional

de apoio teriam a isenção necessária para atuar como efetiva auxiliar do juízo, mantendo sua equidistância tanto das partes como de interesses diversos na matéria analisada no processo.

3.2. REMODELAÇÃO DA COISA JULGADA

A segunda proposta que se faz neste artigo não toca na reestruturação administrativa dos Tribunais, mas na alteração de disposições processuais civis e na própria maneira como aplica o processo às peculiaridades da forma de tutela coletiva ora analisada. O grau de polêmica, portanto, é mais acentuado. Não se pretende no presente artigo trazer à tona todos os debates doutrinários sobre a relativização da coisa julgada, de modo que o presente tópico trará uma síntese dessa discussão e a amoldará ao presente objeto de estudo, destacando pontos positivos e negativos da sua adoção para o controle das políticas públicas.

A Constituição Federal preconiza, em seu artigo 5º, XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. No entanto, tal disposição normativa não impede que se questione se haveria a possibilidade de, ante as peculiaridades deste tipo de demanda, se admitir algum tipo de flexibilização da

(Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 309-332. p. 327

²⁵ COUTO, Monica Bonetti. SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Amicus Curiae, Modelo Processual Democrático e o novo Código de Processo Civil*. *Revista Eletrônica de Direito*

Processual, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, 2017. pp. 256-279. p. 276-277.

²⁶ BUENO, Cassio Scarpinela. *Amicus Curiae no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun.2011. pp. 111-121. p. 115.

coisa julgada endoprocessualmente: ou seja, que a tutela a ser satisfeita pelo ente público possa ser maleabilidade em relação ao título formado na fase de conhecimento.

A coisa julgada subdivide-se em formal e material, consistindo a primeira na imutabilidade endoprocessual de uma relação jurídica processual, enquanto a segunda projeta-se externamente a ele, impedindo sua rediscussão junto ao Poder Judiciário ou a alteração dos limites objetivos do título lá formado, como afirma Lucchesi²⁷. Considerando o somatório dessas duas espécies, pode-se dizer que a formação da coisa julgada tornará imutável a decisão final do órgão jurisdicional e impedirá a rediscussão da matéria, garantindo às partes e a sociedade maior segurança jurídica, como explica Arruda Alvim²⁸.

Fazzalari²⁹, ao tratar da coisa julgada, exara o entendimento de que esta possui a finalidade de trazer contornos de definitividade o processo, obstando a sua rediscussão *ad infinitum*, o que não implicaria, contudo, na inviabilidade de se fazer uso de outros instrumentos processuais para evitar que seus efeitos, se viciados, possam provocar dano, como é o caso do manejo dos embargos de terceiro. A essa discussão deve ser agregado o

escólio doutrinário de Barbosa Moreira³⁰ que, ao tratar da imutabilidade decorrente da coisa julgada, afirmava ser esta uma característica da nova situação jurídica verificada quando do fim da fase de conhecimento do processo e que torna definitivo um provimento jurisdicional anteriormente precário e sujeito a constantes revisões.

A formação da coisa julgada, assim, é umbilicalmente ligada com a noção de segurança jurídica, mas pode ser ilidida muito excepcionalmente: o ponto nevrálgico das discussões doutrinárias está na extensão dessas exceções, que, na estrutura clássica do processo civil, tendem a ser associadas à ideia de um dano patrimonial. Contudo, no campo do controle de políticas públicas, parece mais prudente abandonar em parte certos dogmas incorporados à construção da coisa julgada por se constituírem em premissas da tutela individual, notadamente, a menor relevância do aspecto instrumental do cumprimento da obrigação – ou seja, a diretriz de como este deverá se desenrolar.

Sintetizando a questão sobre outro prisma, se de um lado a relativização da coisa julgada na tutela das políticas públicas poderia causar tumulto desnecessário ao sistema jurídico-processual, pois traria a um

²⁷ LUCCHESI, Érika Rubião. Relativização da coisa julgada: aspectos constitucionais e processuais e seus reflexos nas ações coletivas. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 12, p. 223-264, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/168>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

²⁸ ARRUDA ALVIM, Thereza. *Questões Prévias e Limites da Coisa Julgada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 43.

²⁹ FAZZALARI, Ezio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006. p. 557

³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*: Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 112

elemento de instabilidade e de possibilidade revisional constante, de outro poderia ser estratégia de harmonização da economia processual e da garantia do mínimo existencial.

Retomando a discussão feita no segundo tópico deste artigo, a judicialização das políticas públicas parte do pressuposto que o Estado deixou de agir (omissão) ou agiu insuficientemente, deixando de dar concretude a uma medida necessária para efetivar os direitos fundamentais. Em decorrência deste fato, busca-se a tutela jurisdicional para que seja sanada essa falha na ação estatal, indicando-se, desde a inicial, qual a estratégia que se pretende adotar e/ou qual o resultado útil buscado. Quando prolatada a sentença, de modo a nortear a ação administrativa, é definido o que deve ser feito, com parametrização mínima de como se chegará ao resultado, decisão esta que, uma vez transitada em julgado, passará a estar acobertada pelo manto da coisa julgada.

No entanto, no curso da demanda, é possível que se verifiquem as seguintes situações fáticas: (i) manutenção do *status quo*, de modo que ainda não se vislumbra garantido o direito fundamental; (ii) reversão completa do *status quo*, tendo o Estado agido para sanar a deficiência de sua atuação que fora previamente verificada ou (iii) alteração do panorama fático, de modo que, ainda que se continue a vislumbrar a falta de proteção do direito fundamental, a tutela originalmente postulada – ou o mandamento exarado pelo órgão jurisdicional – não se mostra mais adequado. As duas primeiras

hipóteses não ensejam interferência na estruturação processual civil ora vigente: no primeiro caso, prossegue-se com a execução da tutela, enquanto no segundo caso ocorre a perda superveniente do interesse de agir, extinguindo-se o cumprimento de sentença. No entanto, a terceira hipótese é mais complexa: se a tutela jurisdicional concedida já fixou parâmetros para o cumprimento da política pública e se encontra acobertada pela coisa julgada, não é possível readequá-los para um modelo mais condizente com essa nova necessidade. Contudo, a extinção do processo por falta de interesse de agir também é medida inviável, pois ainda se necessita da adoção de providências para sanar a insuficiência de ação administrativa.

Há, portanto, verdadeira zona cinzenta que deve enfrentar o julgador: ou promove a extinção do feito porque a tutela específica concedida é inócua, o que acarretaria prejuízo aos jurisdicionados, que continuariam sem gozar da plenitude de seus direitos fundamentais, bem como atentado à economia processual, ou promove o cumprimento do título executivo, ciente de que pode não ser ele suficiente naquele momento temporal, ainda que anteriormente o fora. O delineamento do cumprimento da obrigação e a sequência de etapas de readequação da política pública, assim, ainda que integrem a coisa julgada formada naqueles autos, se submetem a cenário distinto daquele verificado nas tutelas individuais, em que a forma como se

procederá ao cumprimento da obrigação tende a ser irrelevante.

Ocorre que no caso da tutela coletiva de políticas públicas essa estrutura procedimental passa a ser extremamente relevante justamente pela sua implementação cíclica/processual. O resultado, assim, é diretamente afetado pela modelagem adotada para a política pública, que, como destacado anteriormente neste trabalho, é um ato complexo e que, em seu desenrolar, pode resultar na conclusão de que o mecanismo que até então se tinha desenvolvido é excessivamente custoso em face dos benefícios ou, simplesmente, que é inócuo na alteração do panorama fático.

Considerando o sopesamento proposto entre a segurança jurídica, de um lado, e a economia processual e o cumprimento da tutela jurisdicional pretendida – anotando-se que o jurisdicionado, em *ultima ratio*, tem maior interesse no resultado do que no meio - a relativização da coisa julgada para esse tipo de demanda seria uma exceção possível de ser agregada ao sistema jurídico brasileiro.

No entanto, para evitar que a relativização da coisa julgada se

transforme em mecanismo de inefetividade da tutela jurisdicional – impedindo a abertura de brechas que resultem na falta de sanções à desídia estatal -, algumas condicionantes devem ser impostas. Propõe-se, em primeiro lugar, que a relativização da coisa julgada neste tipo de demanda atinja apenas os aspectos instrumentais da formação, desenvolvimento e execução da política pública, não repercutindo sobre (i) a declaração da omissão da Administração Pública e o reconhecimento do seu dever de tomar providências para sanar este estado e (ii) a aplicação de sanções para o descumprimento da obrigação de fazer, observada a possibilidade de flexibilização e readequação na fase executiva³¹. Ou seja, utilizando-se a denominação proposta por Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira³², a relativização se projetaria apenas sobre a parte do dispositivo que assuma a estrutura de uma norma-regra. No entanto, tal qual afirmado por Lucchesi³³, é imprescindível que esta construção seja positivada através de modificação legislativa, de modo a atenuar a insegurança jurídica que dela pudesse decorrer e evitar a vulneração da

³¹ Esta questão já se encontra pacificada na jurisprudência, que entende a possibilidade de revisão destes aspectos acessórios da condenação para assegurar efetividade ao princípio da razoabilidade. Nesse sentido, a título exemplificativo, destaca-se o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.355.927/RS (Rel. Min. Manoel Erhardt, Primeira Turma, j. 09/08/2021).

³² DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao

processo civil brasileiro. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 423-461. p. 432

³³ LUCCHESI, Érika Rubião. Relativização da coisa julgada: aspectos constitucionais e processuais e seus reflexos nas ações coletivas. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 12, p. 223-264, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/168>>. Acesso em: 20 ago. 2022. p. 261.

proteção à coisa julgada auferida pela Constituição Federal. Ao mesmo tempo, a realização da inovação pela via legislativa permitiria, em tese, que o tema fosse debatido pela sociedade e pelos profissionais do direito, agregando-se elementos que permitiriam um melhor desenho processual para a coisa julgada relativizada da tutela coletiva, inclusive no que toca ao esclarecimento de seus limites e hipóteses de aplicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle jurisdicional de políticas públicas é mais do que uma mera tendência do Estado Democrático de Direito, mas verdadeira exigência para assegurar a proteção dos direitos fundamentais em um contexto de ação deficiente ou omissão estatal. Não se trata de medida atentatória à Separação dos Poderes ou apta a causar instabilidade institucional, mas ferramenta corretiva de desvios na conduta estatal.

A estrutura clássica do processo civil, contudo, não é apta a enfrentar adequadamente as questões postas por essa espécie de controle. Afinal, fora ela concebida para um modelo de litígios em que os resultados importavam mais do que os meios – e que, a bem da verdade, não possuíam os meios influência considerável na produção do resultado –, e não para um modelo que é necessário desenhar uma modelagem clara para que o resultado a ser produzido quando da execução tenha efetividade.

A judicialização das políticas públicas envolve justamente esse desenho: o julgador deve verificar a falha na ação – ou identificar a omissão – do Administrador e condená-lo a sanar esse vício, com indicativo expresso do caminho a ser percorrido e das sanções a serem fixadas caso tal percurso estrutural deixe de ser observado. E, sendo as políticas públicas assumidas enquanto um fenômeno complexo, composto pela sucessão e encadeamento de diversos atos administrativos, cabe ao julgador indicar o seu conteúdo mínimo, partindo da análise da realidade fática e aderindo-a ao modelo criado.

Contudo, o panorama teórico esbarra no mencionado enrijecimento do processo civil: a coisa julgada, por exemplo, obstaria que o julgador, em sede de cumprimento de sentença, readequasse o título executivo para melhor aderir-lo a modificações superveniente da realidade fática, sacrificando ainda mais os direitos vulnerados dos jurisdicionados. O sacrifício de parte da segurança jurídica, por meio da relativização da coisa julgada, tão somente no que toca aos meios de concretização da política pública, para possibilitar que o controle jurisdicional alcance sua finalidade protetiva, é medida que deve ser ponderada pelos estudiosos do Direito e incorporada à legislação pátria.

Menos gravosas seriam medidas simples a serem incorporadas na estrutura dos Tribunais, como a especialização de varas para julgamento da matéria afeta ao controle das políticas públicas – observados alguns

parâmetros, como a instalação apenas em comarcas de maior porte ou cujo volume de processos justifique a medida, evitando que, para o aumento de qualidade do julgamento, se sacrifique o acesso à prestação jurisdicional – e a criação de estruturas internas nas Cortes que disponibilizassem corpo técnico especializado para o assessoramento dos magistrados, minimizando o risco de decisões teratológicas ou inexequíveis.

A busca por essas medidas internas aos Tribunais, que reforçariam a sua estrutura, decerto não excluiria a atuação de outros importantes atores processuais como os peritos e os *amici curiae*, mas somariam forças para o incremento na qualidade da prestação jurisdicional, cada qual fornecendo um ponto de vista e cumprindo uma diferente função processual que, quando somados, permitiram ao julgador vislumbrar de maneira mais efetiva o quebra-cabeça das políticas públicas.

Não há apenas uma alternativa possível e nem mesmo um único campo em que o direito brasileiro, bem como a gestão administrativa dos Tribunais, pode avançar para a melhoria da prestação jurisdicional no que toca ao controle das políticas públicas. Entretanto, independentemente da solução a ser adotada, é importante que a mesma seja apta a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais dos jurisdicionados como um todo – sendo inadmissível o sacrifício integral de uma garantia para fundamentar o reforço de outra –, até que se chegue o

momento em que o controle jurisdicional se torne desnecessário, pela possibilidade de o Estado, por si só, concretizar na integralidade as políticas públicas demandadas pelos seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Vanessa Mascarenhas. A sentença estruturante e o pleno acesso à Justiça: em busca da adequada solução dos litígios coletivos complexos e da efetividade das políticas públicas. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 1136-1159.
- ARRUDA ALVIM, Thereza. *Questões Prévias e Limites da Coisa Julgada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- BACHRACH, Peter e BARATZ, Morton S. Decisions and non-decisions: an analytical framework. *American Political Science Review*, v. 57, n.3, pp. 632-642.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BAUMGARTNER, Frank e JONES, Brian. *Policy dynamics*. Chicago: University of Chicago Press, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinela. Amicus Curiae no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun.2011. pp. 111-121.
- BIRKLAND, Thomas. *An Introduction to the Policy Process: theories, concepts, and models of public policy making*. Nova York: Routledge, 2020.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Juízes, servidores e advogados aprovam especialização de varas para melhoria do serviço*. Notícia eletrônica. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/juizes-servidores-e-advogados-aprovam-especializacao-de-varas-para-melhoria-do-servico/>>. Divulgada em 28 ago. 2020. Acesso em 19 ago. 2021.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a Reserva do Possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. “in” GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 225-236.
- COUTO, Monica Bonetti. SILVA, Guilherme Amorim Campos. Amicus Curiae, Modelo Processual Democrático e o novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, 2017. pp. 256-279.
- COSTA, Susana Henriques da. Controle judicial de políticas públicas: relatório geral do Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 57, jul./set. 2015.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 423-461.
- FAZZALARI, Ezio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do judiciário e suas implicações*. “in” FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. “in” GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 125-150.
- LUCCHESI, Érika Rubião. Relativização da coisa julgada: aspectos constitucionais e processuais e seus reflexos nas ações coletivas. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 12, p. 223-264, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/168>>. Acesso em: 20 ago. 2022.
- PETERS, B. Guy. *Advanced Introduction to Public Policy*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Saraiva, 2015.
- RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Manole, 2013.
- ROSA, Viviane Lemes da. Aplicações da Teoria da Racionalidade Limitada às decisões estruturais. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 1221-1245.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis (SC), v. 1, n. 1, p. 29-44, 2013.

- Disponível em:
<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24>. Acesso em: 17 ago. 2022.
- SMITH, Kevin B.; LARIMER, Christopher W. *The Public Policy Theory Primer*. Boulder, Colorado: Westview Press, 2013.
- ZAHARIADIS, Nikolaos. *Handbook of Public Policy Agenda Setting*. Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing, 2016.
- ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. “in” GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 309-332.