

NOVOS HORIZONTES NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO ATRAVÉS DE PROCESSOS ESTRUTURAIS

Rafael Costa¹

Marcos Stefani²

RESUMO: Os processos estruturais representam uma ferramenta jurisdicional essencial para a solução de conflitos coletivos de significativa abrangência social, cuja resolução adequada depende de providências prospectivas, graduais e duradouras. O presente estudo pretende, assim, analisar a legitimidade e os limites do controle exercido em políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 698 de Repercussão Geral, atentando para as contribuições de Neil Komesarem em relação à necessidade de se escolher a instituição mais apta à solução do problema estrutural (*deciding who decides*). Trata-se de pesquisa que faz uso do raciocínio hipotético-dedutivo, valendo-se de dados de natureza primária (acórdãos e leis) e secundária (entendimentos doutrinários), permitindo concluir pela relevância de quatro princípios (princípio da decisão de quem decide, o princípio da pertinência institucional, o princípio dos resultados sociais significativos e o princípio da limitação temporal da duração dos processos

¹ *Visiting Scholar* na Universidade da Califórnia-Berkeley. Professor da Escola Superior do Ministério Público dos Estados de São Paulo, de Mato Grosso e de Tocantins, da FACAMP-Campinas e do G7 Jurídico. Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG (2007), em programa conjunto com a Universidade de Wisconsin-Madison (EUA - 2005). Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Diretor Acadêmico da Associação Paulista do Ministério Público. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9979-9382>. E-mail: rafaelcosta22000@gmail.com.

² Doutor em Direitos Difusos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), Mestre em Direitos Difusos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004), Mestre em Direito Penal pela Universidade Paulista (2002), Mestre em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2001), Especialista em Direito Civil pela PUC-MG, em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC-MG e em Direito Administrativo pela PUC-MG. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1991). Membro do Ministério Público de SP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9166-3376>. E-mail: marcosstefani@mpsp.mp.br.

estruturais), de modo a evitar que interpretação de normas constitucionais venha a comprometer a separação dos poderes e a efetividade das políticas públicas.

Palavras-chaves: Políticas públicas; Separação dos Poderes; Princípios dos processos estruturais.

NEW HORIZONS IN THE CONTROL OF PUBLIC POLICIES BY THE JUDICIARY THOUGH STRUCTURAL INJUNCTIONS

ABSTRACT: Structural injunctions represent an essential jurisdictional tool for solving collective conflicts of significant social scope. This study therefore aims to analyze the legitimacy and limits of the control exercised over public policies by the Supreme Federal Court in Theme 698 of General Repercussion, considering Neil Komesar's contributions regarding the need to choose the institution most suited to solving the structural problem (*deciding who decides*). This research uses hypothetical-deductive reasoning, using *primary* (rulings and laws) and *secondary* (doctrinal understandings) nature data, allowing us to conclude on the relevance of four principles (principle of the decision of who decides, the principle of institutional relevance, the principle of significant social results and the principle of temporal limitation of the duration of structural processes) to prevent the interpretation of constitutional norms compromising the separation of powers and the effectiveness of public policies.

Keywords: Public policies; Separation of Powers; Principles of structural injunctions.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, temas de grande repercussão política e social têm sido decididos por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais (o Congresso Nacional e o Poder Executivo). Isso implica na “transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (Barroso, 2024, p. 63).

No estrangeiro, Tribunais têm adotado posturas díspares. De forma didática, é possível sistematizar os argumentos das duas principais correntes da seguinte forma (Costa, 2024):

- a) argumentos **contra o fenômeno da Judicialização** das políticas públicas:
- falta de legitimidade popular do Poder Judiciário, posto que seus membros não são eleitos pelo povo.
 - violação ao princípio da separação dos poderes.
 - caráter discricionário revestido nas políticas públicas.
- b) argumentos **favoráveis à Judicialização** das políticas públicas:
- legitimidade do Poder Judiciário advém da própria Constituição, que prevê o provimento dos cargos mediante concurso público ou quinto constitucional.
 - princípio da força normativa da Constituição busca promover a eficácia dos direitos, inclusive dos extraídos de normas programáticas.
 - discricionariedade é prerrogativa para cumprir (e não descumprir) as funções públicas. Agir de forma contrária configura arbitrariedade a ser suprimida pelo Poder Judiciário.

No Brasil, Tribunais têm adotado uma postura de concretização de direitos fundamentais através de políticas públicas. Assim, havendo omissão por parte da Administração Pública que comprometa o núcleo essencial de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, tem sido admitida a prolação de decisões judiciais que venham a “suprir essa omissão”³. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Tema 698 (RE 684612), reafirmou a legitimidade da intervenção judicial no controle das políticas públicas, inclusive a possibilidade de imposição de obrigações complexas ao Estado (v.g., realização de concursos públicos, contratação de servidores, execução de obras, dentre outras).

Contudo, a intervenção judicial em temas sensíveis pode gerar efeitos adversos, como as “medidas desestruturantes” (Vitorelli, 2024, p. 138), que podem comprometer a efetividade e a continuidade das políticas públicas, desorganizando a atividade administrativa e prejudicando a alocação racional dos escassos e limitados recursos públicos⁴. Nesse sentido, as

³ STF, RE 559.646 AgRg/PR.

⁴ Não se olvide ainda do efeito *backlash*, assim entendido como “reações sociais (*backlash* nacional) ou estatais (*backlash* internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos e decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Tribunais administrativos ou Órgãos Internacionais (v.g Cortes de Direitos Humanos), usualmente conservadoras do status quo” (conforme a conceituação de Samuel Sales Fonteles (2018, p. 31).

ponderações, em *obter dictum*, do Ministro Luiz Fux (2024) quando do julgamento do RE 635659:

Um protagonismo deletério está corroendo a credibilidade dos tribunais; não se podem desconsiderar as críticas — em vozes mais ou menos nítidas e intensas — de que o Poder Judiciário estaria se ocupando de atribuições próprias dos canais de legítima expressão da vontade popular, reservada apenas aos poderes integrados por mandatários eleitos; nós não somos juízes eleitos. O Brasil não tem governo de juízes.

O presente estudo pretende, assim, analisar a legitimidade e os limites do controle exercido em políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 698 de Repercussão Geral. Atenta-se para as contribuições de Neil Komesarem relação à necessidade de se escolher a instituição mais apta à solução do problema estrutural (*deciding who decides*).

Para tanto, serão apresentados quatro princípios (princípio da decisão de quem decide, o princípio da pertinência institucional, o princípio dos resultados sociais significativos e o princípio da limitação temporal da duração dos processos estruturais). Estes princípios podem atuar como parâmetros e evitar que a interpretação de normas constitucionais venha a comprometer a separação dos poderes e a efetividade das políticas públicas. Esse é o nosso plano de estudos. Vamos à sua concretização.

1. AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS⁵

O art. 37, § 16, da Constituição de 1988, passou a regulamentar a avaliação de políticas públicas, dispondo que os órgãos e entidades da Administração Pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei. A partir da leitura do dispositivo, é possível extrair três aspectos relevantes para a avaliação de políticas públicas: a) a obrigação de avaliar as políticas públicas incide para a Administração Pública *direta e indireta* de qualquer dos Poderes de todos os entes federados; b) a avaliação da política pública poderá ser realizada *isoladamente* pelo órgão/entidade responsável ou deve ser realizada a *divulgação* do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados; e c) *lei regulamentadora* deverá ser elaborada, estabelecendo a forma como as políticas públicas serão avaliadas.

⁵ O presente tópico é uma síntese aperfeiçoada das ideias defendidas em: COSTA, Rafael de Oliveira. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método, 2024.

A doutrina classifica as diferentes abordagens na avaliação de políticas públicas em três modelos (Vedung, 2017): a) modelos de efetividade: avaliação orientada a objetivos atingidos; avaliação orientada a resultados (“goal free”⁶); avaliação orientada ao “cliente” da política pública⁷; avaliação orientada aos *stakeholders*⁸; avaliação global (“comprehensive evaluation”⁹); b) modelos econômicos: produtividade¹⁰ e eficiência¹¹; c) modelos profissionais - revisão de pares¹².

Esses modelos podem ser aplicados em dois momentos distintos: a) *ex ante* ou antes da implantação da política pública - visa direcionar a política pública para um resultado ótimo em favor da sociedade, atentando para a limitação de recursos e para as alternativas existentes, aferindo, sempre que possível, seus custos e benefícios. A avaliação *ex ante* deve atentar para: o que é esperado da política pública, identificando objetivos, recursos alocados, metas, indicadores, ações que se pretende executar, resultados esperados e relações causais assumidas; a definição dos indicadores de desempenho a serem utilizados; a investigação da realidade de implementação da política pública; a aferição da exequibilidade, bem como a capacidade de mensuração de seu desempenho e de alcance dos objetivos planejados; e os subsídios para auxiliar a tomada de decisão sobre os aperfeiçoamentos que podem ser feitos na política pública, inclusive através da realização de audiências públicas¹³ e b) *ex post* ou posterior à implantação da política pública - diz respeito à análise dos resultados alcançados durante a execução da política, voltada a melhorar a alocação de recursos, em consonância com os parâmetros de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade. Deve-se adotar as medidas cabíveis para garantir efetividade e sanar eventuais irregularidades nas políticas públicas,

⁶ Nesse caso, o avaliador deve identificar os efeitos da intervenção sob uma avaliação “cega”.

⁷ Parte dos objetivos e expectativas dos destinatários da política/programa.

⁸ Difere da abordagem do cliente porque aqui o escopo da avaliação abrange todos os afetados, direta ou indiretamente, pela intervenção.

⁹ Não se restringe aos resultados, incluindo a avaliação do desenho, da tomada de decisão e da implementação da política pública.

¹⁰ A ideia de produtividade é adotada como equivalente do lucro no setor privado, buscando-se sempre a maximização.

¹¹ Realiza não só uma análise do custo-benefício, mas também do custo efetividade.

¹² O foco se encontra na avaliação do desempenho profissional, na produção, na adoção de conduta ética, dentre outros aspectos realizada por colegas de mesma profissão.

¹³ Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 8.058/2014, que “Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências”, dispõe em seu art. 10 que “Caso tenha por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

atentando para as alternativas de intervenção, correção de desvios ou perturbações na trajetória de implementação, adequação e disponibilidade de recursos e ampliação da transparência¹⁴.

2. PROCESSO COM MEDIDAS ESTRUTURAIS E INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Os processos com medidas estruturais representam uma ferramenta jurisdicional essencial para a solução de conflitos coletivos de significativa abrangência social, cuja resolução adequada depende de providências prospectivas, graduais e duradouras. Em outras palavras, pretende modificar o modo como uma estrutura burocrática opera ou atua na esfera prática, de modo a concretizar um direito fundamental ou reorganizar uma política pública^{15 16}.

Assim, conforme Didier Junior, Zaneti Junior e Rafael Oliveira (2020), um processo estrutural apresenta cinco características principais 1) tem como base um estado de desconformidade entre aquilo que é esperado e a forma como atua uma entidade; 2) traça a forma como vai se dar a reestruturação, mediante a prolação de uma decisão de implementação escalonada e que preveja um regime de transição; 3) adota um procedimento bifásico: define-se o problema estrutural e traça um programa ou projeto de reestruturação; 4) exige a flexibilização do /procedimento, admitindo formas atípicas de intervenção de terceiros, de medidas executivas e de alteração do objeto litigioso; e 5) é marcado pela consensualidade, inclusive no plano dos negócios jurídicos processuais.

Na órbita do controle e intervenção em políticas públicas por meio de feitos estruturais, devem ser observados princípios como a garantia do mínimo existencial, da justiça social, do

¹⁴ Nesse sentido, o art. 18, § 3º, o Projeto de Lei nº 8.058/14 estabelece que, “Homologada a proposta de planejamento, a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação das partes e do Ministério Público e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º”.

¹⁵ “O processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal” (Didier Jr.; Zaneti Jr.; Oliveira, 2020).

¹⁶ “De forma didática, um processo estrutural: “(...) é aquele que busca resolver, por intermédio da atuação da jurisdição, um litígio estrutural pela reformulação de uma estrutura burocrática que é a causadora ou, de alguma forma, a responsável pela existência da violação que origina o litígio. Essa reestruturação se dará por intermédio da elaboração de um plano aprovado pelo juiz e sua posterior implementação, geralmente ao longo de um considerável período de tempo. Ela implicará, dentre outras providências, a reavaliação dos impactos diretos e indiretos do comportamento institucional, os recursos necessários e suas fontes e os efeitos colaterais da mudança sobre os demais atores sociais que interagem com a instituição” (Vitorelli, 2019, p. 1585).

atendimento ao bem comum, da universalidade, do equilíbrio orçamentário, dentre outros¹⁷. Para tanto, deve-se atentar para¹⁸: a) a policentria, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade; b) a primazia pela adoção de técnicas que compatibilizem a tutela efetiva do direito com as capacidades institucionais e as atribuições dos poderes e dos agentes tomadores de decisão; c) a dialogicidade entre o juiz, as partes e os demais sujeitos, públicos ou privados, potencialmente impactados pela decisão, para a construção de um contraditório efetivo; d) a ênfase em medidas prospectivas, mediante elaboração de planos com objeto, metas, indicadores e cronogramas definidos, com implementação em prazo razoável; e) a cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica, inclusive com a designação de perito, consultor ou entidade que possa contribuir com o esclarecimento das questões técnicas, científicas ou financeiras; f) a flexibilidade quanto ao procedimento e das providências de estruturação, observado o contraditório efetivo; g) a prolação de decisões judiciais abertas, flexíveis e progressivas, com ênfase em medidas prospectivas, mediante elaboração de planos com objeto, metas, indicadores e cronogramas definidos, com implementação em prazo razoável; h) os provimentos em cascata¹⁹; i) a consideração dos regramentos e dos impactos orçamentários e financeiros decorrentes das medidas estruturais.

3. O JULGAMENTO DO TEMA 698 PELO STF

No Tema 698, o STF destacou que o Poder Judiciário, ao invés de fixar medidas pontuais, deve proferir decisões que apontem as finalidades a serem alcançadas, permitindo que a Administração Pública apresente planos ou meios adequados para atingir os resultados. Esse parâmetro visa respeitar a discricionariedade do administrador público, dentro de limites

¹⁷ Nesse sentido, o art. 2º do Projeto de Lei nº 8.058/2014, que “Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências”.

¹⁸ O rol é um aperfeiçoamento do contido no art. 2º da segunda versão apresentada pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Lei do Processo Estrutural.

¹⁹ “Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principlológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática devida”. (Arenhart, 2013, p. 400).

constitucionais, e estabelece critérios válidos de razoabilidade, calibragem e mensuração da eficiência na atuação judicial.

Nesse sentido, o STF fixa duas teses vinculantes gerais e relevantes para o presente estudo (Brasil, RE 684612, 2023): a) 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; e b) 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.

Analisando o corpo do julgado, é possível depreender que a Corte fixou os seguintes parâmetros a serem observados: a) ausência ou grave deficiência do serviço público devem estar devidamente comprovadas nos autos; b) razoabilidade e faticidade viável que a obrigação pleiteada seja universalizada pelo ente público, considerados os recursos efetivamente disponíveis; c) finalidade determinada pelo Poder Judiciário a ser atingida – e não o modo como deva ser alcançada pelo administrador –, prestigiando a resolução consensual da demanda e o diálogo institucional com as autoridades públicas responsáveis; d) apoio da decisão judicial em documentos ou manifestações de órgãos técnicos; e) permissão da participação de terceiros no processo, sempre que possível, com a admissão de *amici curiae* e a designação de audiências públicas; f) observância à reserva de consistência, que consiste na necessidade de reunião de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar, ou seja, de uma fundamentação robusta (Häberle, 1997, p. 42).

Como consequência, tem-se: a) a necessidade de explicitação de todos os motivos que levam o magistrado a tomar sua decisão (Freire Júnior, 2005, p. 121); b) a ampliação da participação dos diversos segmentos sociais interessados nos resultados do julgamento; c) as razões de decidir deixem de ser meramente jurídicas, cabendo ao julgador utilizar dados empíricos e de outras ciências; d) a ponderação profunda das vantagens e desvantagens da decisão; e) a imposição de um dever de coerência.

Em suma, para que seja possível a intervenção judicial sobre uma dada política pública, a reserva de consistência exige que o julgador apresente argumentos substanciais. Isto é, aptos a demonstrar a necessidade de execução da política pública como compatível com a Constituição de 1988 (Häberle, 1997, p. 42).

4. AS CONTRIBUIÇÕES DOS TESTES REGULATÓRIOS

Uma das teses vinculantes estabelecida pelo STF evidencia a necessidade da adoção de medidas estruturantes flexíveis e adaptadas ao caso concreto, especialmente no que tange à atuação da Administração Pública. Pode-se extrair do entendimento vinculante que, ao invés de impor medidas rígidas e pontuais, o Poder Judiciário deve agir para direcionar a Administração Pública a elaborar planos e estratégias, bem como a adotar meios mais eficientes para alcançar os resultados desejados. Nesse contexto, é extremamente relevante refletir, conforme Neil Komesar (1994) faz, sobre a relevância dos chamados “testes regulatórios” quando se busca formular e implementar políticas públicas.

Os testes regulatórios permitem detectar limitações, elaborar quantificações e avaliar impactos sociais e econômicos das ações governamentais, até mesmo de atos normativos. A título de exemplo, o Poder Judiciário não precisaria determinar, em nível nacional, a imediata “descriminalização” do porte de *cannabis*. Poderia determinar a implementação de medidas em determinada região do país, por determinado período, avaliando os resultados. Aliás, os testes poderiam ser implementados em regiões com características sociais, populacionais e econômicas diversas, avaliando seus resultados.

Muitos dos impactos são difíceis de serem avaliados isoladamente. Não é correto, também, importar soluções que foram efetivas em outros países e aplicá-las incondicionalmente no Brasil. De mesmo modo, não pode ser descartada a possível eficácia de determinada medida que, em outro território, demonstrou-se inadequada. Testes existem para avaliar resultados, especialmente quando estamos na seara da implementação de comportamentos sociais, fato inerente ao Direito.

Não se pode negar a importância de um espaço para experimentação e adaptação, onde a Administração Pública possa ajustar suas estratégias à medida que novas informações, novos dados, novas circunstâncias são reveladas. A flexibilidade que se extrai do entendimento da Suprema Corte não parece ter sido bem utilizada no caso do julgamento do RE 635659. Isso porque, no âmbito do controle de políticas públicas, não tem sido eficaz fixar, de imediato, medidas rígidas, inflexíveis e extremamente objetivas, quando se pretende intervir em realidades distintas e dinâmicas.

É indispensável uma “margem de manobra” na implementação de políticas públicas, sendo evidente que prescrições excessivamente detalhadas comprometem a possibilidade de avaliação contínua, ainda que através de “decisões em cascata”. Não por outra razão que nos sistemas de precedentes vinculantes sempre é lícito o *distinguishing* (aliás, o uso do termo no gerúndio é exatamente para indicar uma ação contínua).

E mais: é importante considerar, até mesmo, a opinião pública, garantindo-se a participação social e a disponibilização de mecanismos para que essa “escuta social” seja efetiva. Na busca desta participação efetiva, devem ser utilizados mecanismos que minimizem as distorções de resultados, evitando-se a “captação social”.

5. POR QUE NÃO DECIDIR SOBRE “QUEM DEVE DECIDIR”?²⁰

As reflexões do Ministro Luiz Fux (Brasil, RE 684612, 2023) no voto do Tema 698 revelam como tem sido negligenciado o debate sério sobre outro aspecto: a importância da definição da instituição mais apta para decidir sobre políticas públicas ou sobre as medidas estruturantes a serem adotadas no caso concreto. Com efeito, um dos temas mais relevantes no âmbito do Direito Constitucional diz respeito à “decisão de quem decide” (*deciding who decides*).

A “decisão de quem decide” pretende examinar as escolhas possíveis entre as diversas alternativas institucionais (política, economia e jurídica), determinando aquela que é mais apta à implementação de uma dada política pública (denominada de “seleção institucional”). Em outras palavras, trata-se de determinar a instituição em que se deve alocar autoridade para a tomada de decisões.

A partir de processos complexos, como a política – por meio do processo legislativo –, a economia – por meio do processo de circulação de riquezas – e o Direito – por meio do processo judicial –, é possível estabelecer a “performance de cada instituição” na interação entre seus participantes (*stakeholders*). Assim, é possível selecionar qual apresenta “melhores” características em cada cenário para a implantação de uma política pública (Komersar, 1994).

O tema se relaciona diretamente com o controle de políticas públicas por meio de processos estruturais. Antes de elaborar um plano de atuação estrutural, é preciso compreender

²⁰ O presente tópico é uma síntese aperfeiçoada das ideias defendidas em COSTA, Rafael de Oliveira. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método, 2024.

as capacidades institucionais dos Poderes e dos agentes tomadores de decisão. Ao intervir diretamente na implementação de políticas públicas, o STF não tem considerado a necessidade de, eventualmente, concluir não ser a instituição mais adequada para fazê-lo.

Essa omissão tem gerado forte crítica, por parte de diversos setores da sociedade brasileira, bem como reações negativas, descontentamentos e questionamentos sobre a legitimidade do Poder Judiciário para atuar no lugar dos poderes Legislativo e Executivo. Daí a importância de se refletir sobre a identificação da instituição mais apta à implementação de determinada política pública:

Komesar sustenta que a questão não é 'quando a economia funciona melhor que o legislativo' ou 'quando o processo judicial atua melhor que a economia', mas, dado um conjunto de circunstâncias, qual das instituições é a mais indicada para implementar determinada política pública, especialmente diante dos novos contornos que vêm tomando o processo coletivo (Costa, 2014, p. 79).

Não faltam exemplos, no Brasil, de críticas às decisões do STF, especialmente às monocráticas, dando ensejo, inclusive, ao trâmite da PEC 08/21. Não somente a decisão do STF sobre a descriminalização do uso da maconha gerou inúmeras reações, públicas e privadas, mas também inúmeras outras decisões.

Nesse contexto, a constante invasão de competências específicas de outros poderes gera enorme desgaste institucional, obscurecendo a discussão de temas extremamente relevantes. Esta também compromete a pauta de diversos órgãos do Judiciário, do Legislativo e do Executivo, em violação ao princípio da separação dos poderes, preceito fundamental para a estrutura do Estado Democrático de Direito.

O constante descontentamento institucional e social reduz a eficácia das políticas públicas, além de comprometer a confiança nas instituições democráticas. Há que se pensar no risco e nas consequências da desorganização da administração pública. A atuação “ativista” do Judiciário evidencia a necessidade de se buscar parâmetros mais claros e limites para a intervenção judicial, respeitando os limites de sua atuação²¹, o que pode ser feito através de

²¹ Nesse sentido, a lição de Samuel Sales Fonteles (2018): “(...) defende-se a hipótese de que desacordos morais solucionados por mecanismos democráticos (leis e consultas populares) são assimilados com mais facilidade pela sociedade. Comparativamente, desacordos morais precipitados na arena judicial deflagram perigosas reações sociais. As hipóteses são demonstradas por meio de estudos de caso, observacionais e longitudinais, que evidenciem empiricamente as consequências do uso da via convencional (parlamento, plebiscito ou referendo) e da via anômala (tribunais). Após uma generosa incursão no Direito Comparado, a pesquisa se volta para o Brasil, investigando as interações não amigáveis entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade brasileira”.

quatro princípios reitores: a) Princípio da Decisão de Quem Decide; b) Princípio da Pertinência Institucional; c) Princípio dos Resultados Sociais Significativos; e d) Princípio da Limitação Temporal da Duração dos Processos Estruturais. Passemos à análise de cada um desses princípios.

5.1 Princípio da Decisão de Quem Decide (*Deciding Who Decides*)

Em relação a alguns temas, incidem diferentes centros decisórios, ocorrendo uma sobreposição de competências entre Casas Legislativas, entes mercadológicos e órgãos judiciais. Nesse contexto, o princípio da decisão de quem decide é essencial nos processos estruturais, pois determina não apenas o curso das intervenções jurisdicionais, mas também a legitimidade e eficácia das reformas propostas.

Trata-se de princípio que reconhece que a distribuição de poder decisório não é apenas técnica, mas também política e moral. No âmbito dos processos estruturais, aplicá-lo implica garantir que os órgãos judiciais competentes tenham a autoridade e os recursos necessários para implementar mudanças estruturais significativas e que suas capacidades institucionais sejam superiores à das demais instâncias (mercado e Poder Legislativo).

Além disso, a inclusão e efetiva participação social de partes interessadas relevantes pelos litígios estruturais é crucial para assegurar que as decisões reflitam adequadamente as necessidades e perspectivas das comunidades afetadas. Em contextos democráticos, a aplicação deste princípio promove a transparência, a *accountability* e a representatividade, garantindo que as decisões reflitam os interesses e direitos das partes afetadas pelos litígios estruturais.

5.2 Princípio da Pertinência Institucional

Komesar (1994) propõe que a eficácia das reformas estruturais depende da capacidade das instituições de se adequarem às demandas específicas do contexto em que operam. Nesta situação, a análise institucional comparativa permite identificar as instituições mais hábeis para corrigir falhas e avaliar como diferentes arranjos institucionais podem promover uma atuação institucional mais eficaz e responsável (Komesar, 2002).

Na órbita dos processos estruturais, é indispensável que as decisões judiciais considerem não apenas a legalidade formal, mas também a capacidade das instituições de implementarem e sustentarem mudanças significativas que abordem as raízes estruturais dos

problemas identificados. Em outras palavras, este princípio exige uma análise comparativa das instituições envolvidas, considerando sua capacidade de responder às demandas específicas do contexto em que operam.

Conforme já expusemos em outra oportunidade, a seleção institucional que normalmente é realizada se baseia na análise institucional simples, ou seja, na análise de uma só instituição. A metodologia-padrão utilizada para focar o direito, a política e a economia é normalmente baseada na variação da habilidade de uma só instituição: o mercado (Costa, 2014).

A análise institucional comparativa pretende ultrapassar a concepção tradicional, abarcando a complexa teia institucional existente, em especial o direito, a economia e a política; a escolha é complexa porque ocorre “entre alternativas imperfeitas” (Costa, 2014, p. 77-80). Assim, se em alguns casos o Poder Judiciário se apresenta como a melhor instituição para a tutela de determinados direitos, em outros, a tarefa poderá ser mais bem realizada pelo processo legislativo ou pela economia. A questão não é “quando a economia funciona melhor que o legislativo” ou “quando o processo judicial atua melhor que a economia”, mas, dado um conjunto de circunstâncias, qual das instituições é a mais apta à implementação de determinada política pública (Costa, 2014).

A aposta de Neil Komesar é a *participation-centered approach* (ou metodologia centrada na participação). Segundo o professor da Universidade de Wisconsin (EUA), a única forma de realizar verdadeira análise institucional comparativa é utilizar um elemento compartilhado por todas as instituições: a participação de seus atores.

Assim, o modelo básico de participação institucional tem como fundamento um simples modelo matemático: o grau de participação é determinado pela interação entre os benefícios e os custos da participação. Os benefícios enfocam a distribuição de interesses entre os indivíduos envolvidos. Os aspectos centrais a serem examinados são a média de interesses per capita e a extensão na qual os interesses per capita variam entre os envolvidos. No que concerne aos custos de participação – custos de transações, custos de litígios ou custos de participação no processo político –, temos duas grandes categorias: os custos de organização e os custos de informação. Os custos de organização dizem respeito aos interesses per capita na mobilização de um grupo para a defesa de uma dada política pública. De outro modo, os custos de informação estão presentes em praticamente qualquer análise: a organização é em si mesma dependente da informação e, sem ela, não é capaz, sequer, de tomar ciência das medidas necessárias para a implementação de uma dada política pública (Costa, 2014, p. 81).

O modelo adota três premissas. Em primeiro lugar, baseia-se em escolhas racionais, razão pela qual não é possível assumir a obtenção de informações ou a ocorrência de transações a custo zero. O sistema de escolhas racionais significa que toda uma gama de cálculos de benefícios e custos – inclusive os custos da realização dos próprios cálculos – deve ser levada em consideração (Costa, 2014).

Em segundo lugar, o modelo concebe os processos de tomada de decisão como massivos, complexos e dependentes das interações entre muitos participantes. Os resultados, no campo econômico, decorrem de interações entre consumidores e fornecedores. A influência dos eleitores, lobistas e outros grupos caracteriza o funcionamento do processo político. Até mesmo o poder judiciário pode ser concebido como um processo de prestação jurisdicional, no qual a dinâmica do litígio determina a forma como os juízes decidem (Costa, 2014).

Em terceiro lugar, nenhuma seleção institucional pode ignorar a limitação de recursos. O processo judicial, em particular, é significativamente pequeno e frágil quando comparado às demais alternativas – o mercado e o processo político. Suas características e elementos estruturais refletem a impossibilidade de sua expansão na mesma proporção e velocidade com que as demais instituições se expandem. Tudo isso leva à necessidade de uma séria análise comportamental das instituições na implementação de políticas públicas.

O método centrado na participação busca solucionar o problema da seleção institucional por meio de ferramenta simples, fundada em uma análise comparativa, visto que a análise institucional simples – fundada apenas na economia, no processo legislativo ou no Poder Judiciário – não é suficiente, visto não ser capaz de avaliar benefícios/deficiências das demais instituições. As instituições, em geral, tendem “a se mover juntas”; quando uma delas apresenta melhor desempenho, outras também apresentam. De outro modo, quando uma tem seu desempenho deteriorado, outras também apresentam problemas (Komesar, 1994, p. 23).

A análise institucional, na visão de Komesar (1994, p. 23), deve ser centrada na participação. Como processos de tomada de decisões, as instituições compreendem uma complexa gama de interações. Consequentemente, para avaliar essas instituições é necessário que se atente para as ações de seus diversos participantes. O grau de envolvimento dos

diferentes participantes, contudo, pode ser afetado por inúmeros aspectos, incluindo os custos de informação.²²

Assim, a análise institucional comparativa pode servir como instrumental importante para o adequado controle de políticas públicas. A teoria de Komesar concebe o direito, a economia e a política como sistemas que, apesar de sujeitos a inúmeras falhas, buscam estabelecer uma lógica para suas ações, razão pela não almeja apenas a seleção de objetivos sociais, mas a formação de uma estrutura analítica que possibilite garantir “qualidade” às decisões institucionais – e, conseqüentemente, à adequada implementação de políticas públicas.

Por este motivo, seja na fase extrajudicial, seja durante o trâmite de um processo estrutural, a análise institucional comparativa pode contribuir para a seleção institucional. Isso porque grande parte das decisões institucionais e dos diplomas normativos encontra-se eivada de erros decorrentes do mau-funcionamento dos processos político.

5.3 Princípio dos Resultados Sociais Significativos

As intervenções judiciais devem não apenas remediar as violações de direitos, mas também gerar impactos positivos tangíveis na sociedade. Nesse contexto, o princípio dos resultados sociais significativos estabelece que os processos estruturais sejam orientados para alcançar melhorias substanciais e a promoção da justiça social no que tange às pessoas afetadas pelas estruturas sob escrutínio judicial. Em outras palavras, as reformas estruturais devem ser monitoradas de forma contínua para garantir que os objetivos sociais sejam alcançados e mantidos ao longo do tempo.

O Princípio dos Resultados Sociais Significativos tem quatro corolários:

²² “c. Em relação ao processo político, a metodologia centrada na participação é fortalecida quando emprega, no cenário brasileiro, o modelo das múltiplas forças. O modelo das múltiplas forças, ao considerar a possibilidade de atuações majoritárias e minoritárias em uma estrutura formada por diversos grupos – com diferentes interesses – reflete a participação política de forma mais abrangente do que a perspectiva oferecida pela teoria dos grupos de interesses da política – adotada por Komesar (Komesar, 1994) – e que estabelece as suas bases sobre a atuação de apenas uma força. d. Em relação à economia, a perspectiva centrada nos custos das transações – fundada na teoria de Ronald Coase – permite a análise centrada na participação, uma vez que atenta para o papel desempenhado pelos “benefícios transacionais” (Komesar, 1994, p. 23). e. Em relação ao processo judicial, a metodologia centrada na participação fornece uma gama maior de detalhes do que os métodos tradicionais – que enfocam apenas a independência judicial. Isso porque a metodologia centrada na participação permite considerar, a um só tempo, os custos de participação associados com a independência judicial, as severas restrições de recursos e a competência constitucionalmente fixada para a atuação de juízes e tribunais, produzindo resultados mais fidedignos com o desempenho da prestação jurisdicional.” (Costa, 2014)

- a) **Orientação para o Bem-Estar Social:** o princípio dos resultados sociais significativos coloca o bem-estar social como o objetivo principal das intervenções estruturais. Isso implica que as decisões judiciais devem ser guiadas por critérios que visem melhorar a qualidade de vida das pessoas afetadas pelas estruturas analisadas. Em vez de simplesmente garantir o cumprimento das normas legais, o foco está na promoção da justiça social, na redução das desigualdades e na promoção da inclusão.
- b) **Impacto Duradouro e Sustentável:** as reformas estruturais devem ser projetadas e implementadas de maneira a criar mudanças institucionais que se mantenham ao longo do tempo, mesmo após a conclusão dos processos judiciais. Isso pode envolver a revisão de políticas públicas, a reformulação de procedimentos administrativos ou a realocação de recursos para áreas que historicamente carecem de investimentos adequados.
- c) **Promoção da Justiça e da Equidade:** O princípio dos resultados sociais significativos também enfatiza a necessidade de promover a justiça e a equidade como componentes essenciais das decisões estruturais. Isso pode incluir medidas para mitigar disparidades socioeconômicas, promover a igualdade de acesso a serviços públicos essenciais, como saúde e educação, e garantir que grupos vulneráveis tenham voz e representação nos processos decisórios.
- d) **Avaliação Contínua e Adaptativa:** Para garantir que os resultados sociais significativos sejam alcançados e mantidos ao longo do tempo, é fundamental uma avaliação contínua e adaptativa das intervenções realizadas. Isso envolve o monitoramento regular dos impactos das reformas estruturais, a coleta de dados empíricos sobre o progresso alcançado e a disposição para ajustar as estratégias conforme necessário para responder às mudanças nas condições sociais e econômicas.

No caso específico da busca pela efetividade de políticas públicas, deve-se conferir especial atenção à Legística Material, que procura incorporar uma perspectiva crítica ao processo de elaboração da legislação, atentando para qualidade e priorizando a eficácia/efetividade de normas. Superando a concepção clássica de ramo do conhecimento que se limita a buscar métodos e técnicas (Legística Formal), a Legística Material possibilita repensar a racionalidade adotada na regulamentação do perfil resolutivo (Costa, 2016).

Para tanto, a positivação de decisões estruturantes que normatizem a atuação resolutiva na fiscalização de políticas públicas devem ser vislumbrados sob uma perspectiva crítica,

atentando para sete grandes fases: 1) Problematização do impulso de adoção de uma dada política; 2) Fixação dos objetivos a serem atingidos; 3) Estabelecimento de cenários alternativos (ou princípio da alternatividade); 4) Escolha das soluções possíveis; 5) Avaliação prospectiva; 6) Execução; 7) Avaliação de impacto retrospectiva.-

Dentre as contribuições trazidas pela Legística Material, a avaliação de impacto desponta como “ferramenta” singular, uma vez que atua em momentos distintos: antes (prospectiva ou *ex ante*) e depois (retrospectiva ou *ex post*) da aprovação do diploma normativo. A avaliação prospectiva se vale de diversas metodologias, que vão desde a realização de simulações, até a avaliação dos possíveis efeitos que podem ser produzidos pelo ato normativo.

De outro modo, a avaliação de impacto retrospectiva baseia-se na avaliação dos efeitos já produzidos pelo ato normativo. A sua adoção permite a edição de uma legislação de qualidade, o incremento do diálogo entre as fontes do Direito e a possibilidade de limitar/diminuir custos administrativos.

5.4 Princípio da Limitação Temporal da Duração dos Processos Estruturais

A fixação de prazos claros e a implementação de mecanismos para a revisão periódica são cruciais para a eficácia dos processos estruturais. Por este motivo, o art. 9º, § 3º, VIII, da segunda versão apresentada pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Lei do Processo Estrutural dispõe que o plano de atuação estrutural conterá parâmetros ou indicadores que definirão o encerramento do processo.

Contudo, o princípio da limitação temporal reconhece que as reformas estruturais devem ser ágeis e se adaptarem às mudanças sociais, econômicas e políticas, sem que o processo se alastre de forma indefinida no tempo. Isso não apenas aumenta a responsabilidade das autoridades judiciais e administrativas, mas também promove transparência e participação pública ao estabelecer expectativas claras quanto duração e escopo das intervenções estruturais.

A gestão eficiente do tempo assegura que as medidas adotadas sejam oportunas e relevantes para as necessidades emergentes da sociedade, atentando, ainda, para o princípio da celeridade processual. Em suma, os princípios da decisão de quem decide – pertinência institucional, resultados sociais significativos e limitação temporal – são fundamentais para controle de políticas públicas por meio de processos estruturais. Ao integrar esses princípios na

prática judicial e administrativa, é possível não apenas remediar violações de direitos, mas também transformar as estruturas que as perpetuam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como sustentado pelo STF no julgamento do Tema 698, o controle judicial de políticas públicas deve ser exercido com extrema cautela, sempre buscando respeitar os limites da separação dos poderes e a discricionariedade da Administração Pública. A análise proposta tem como objetivo ressaltar a importância de estabelecer parâmetros claros e precisos para a intervenção judicial, evitando o risco de interpretações das normas constitucionais que possa comprometer a efetividade das políticas públicas e gerar efeitos adversos, como o *backlash* jurídico.

É preciso refletir sobre a utilidade de testes regulatórios, bem como quatro princípios reitores da intervenção judicial em políticas públicas: a) Princípio da Decisão de Quem Decide; b) Princípio da Pertinência Institucional; c) Princípio dos Resultados Sociais Significativos; e d) Princípio da Limitação Temporal da Duração dos Processos Estruturais.

Uma intervenção judicial mais flexível, balizada em estatísticas e experimentações, pode contribuir significativamente para a construção de uma governança pública mais eficiente e democrática. Em suma, sem negar que é fundamental que o Judiciário exerça um papel verdadeiramente construtivo no cenário das políticas públicas, é imperativo que sejam encontrados limites mais precisos para o exercício desta atividade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesse difusos, coletivos e individuais homogêneos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. O direito processual penal coletivo em épocas extraordinárias. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; STEFANI, Marcos (Coord.). **O direito em épocas extraordinárias**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 451-464, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **RePro**, v. 225, p. 389-410, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso ACP do carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPodivm, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the “pan-procedural” approach: some bases of contemporary civil litigation. **International Journal of Procedural Law**, Cambridge, n. 4, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium** - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez., 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 684612**. 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, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 jul. 2023. Brasília, STF, [2023]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698>. Acesso em: 20 out. 2024.

COSTA, Rafael de Oliveira Costa. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

COSTA, Rafael de Oliveira. Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re) Construindo a Análise Institucional Comparativa. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba (PR), v. 59, n. 2, p. 75-90, 2014.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no Município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2, p. 38-68, maio/ago., 2016.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2018.

KOMESAR, Neil K. Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy. **Chicago University Press**: Chicago, 1994.

KOMESAR, Neil K. **Law's limits**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

VITORELLI, Edilson. Decisão judicial por métodos estatísticos: novos horizontes para as causas repetitivas? **RePro**, v. 298, p. 387- 414, 2019.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural – Teoria e Prática**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2024.

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

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador (BA): JusPodivm, 2020.

VITORELLI, Edilson. Técnicas extrajudiciais de tutela coletiva na pandemia de Covid-19: horizontes do processo civil estrutural. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; STEFANI, Marcos (Coord.). **Horizontes do processo civil estrutural**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

VOGT, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos**. Salvador: JusPodivm, 2021.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**. São Paulo: Ed. RT, 2019.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: do problema ao precedente**. Da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: RT, 2022.

ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 824 ao 925**. v. XIV. São Paulo: RT, 2017.

ZANETI JR., Hermes. **Ministério Público e Processo Civil Contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo e constituição: a aplicação direta do CPC 2015 ao microsistema dos processos coletivos. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 9, p. 371-405, 2019.

ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva; LIMA, Rafael de Oliveira. A tutela específica contra o ilícito (art. 497, par. único, CPC/2015) nas ações coletivas em defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 110, p. 389-422, mar./abr., 2017.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Antônio do Passo. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claimsresolutionfacilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v. 287, p. 445-483, 2019.

ZANETI JR., Hermes; DIDIER JR., Fredie; **Curso de direito processual civil: processo coletivo**, v. 4, 14. ed., Salvador: JusPodium, 2020.

ZANETI JR., Hermes; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro, **RePro**, n. 303, p. 45-81, 2020.