

O CONTRADITÓRIO NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: UMA PROPOSTA A PARTIR DO MODELO EXPERIMENTALISTA

ADVERSARIAL PROCEEDINGS IN STRUCTURAL CASES: A PROPOSAL BASED ON THE EXPERIMENTALIST MODEL

Mileni Martins de Andrade¹

Doutoranda em Direito (PUCMG, Belo Horizonte/MG, Brasil)

Layla Andrade Barros Moreira²

Mestranda em Direito (UFOP, Ouro Preto/MG, Brasil)

ÁREA(S): direito processual civil;
direito público.

RESUMO: O presente texto analisa a temática da tensão entre o modelo processual tradicional e as demandas participativas dos processos estruturais, buscando responder ao seguinte problema: Como o modelo processual tradicional compromete o direito ao contraditório nos processos estruturais, especialmente no que tange à participação efetiva dos destinatários das decisões judiciais? A hipó-

tese da pesquisa é que a ausência de uma epistemologia própria para os processos estruturais mantém a sua aplicação subordinada ao modelo tradicional de processo, o que resulta em um esvaziamento do contraditório e compromete os demais direitos fundamentais vinculados ao Estado Democrático de Direito, como o devido processo legal e a ampla defesa. Assim, o estudo objetiva investigar a necessidade de reconfiguração do direito ao contraditório nos processos estruturais, tendo como objetivos

¹ Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Redes de Direitos Humanos (Espelho do Grupo CNPq: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/1655836920530065). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP (2019). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Leste de Minas Gerais (Unileste/MG). E-mail: milenimartins.andrade@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6345886772757012>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-3749-4293>.

² Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (Ufop). Pesquisadora CNPq. E-mail: layladrd@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9927088159769178>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-6418-4037>.

específicos: (i) analisar as limitações do modelo processual tradicional frente às demandas dos direitos de segunda e terceira dimensões; (ii) examinar como o direito ao contraditório tem sido abordado na prática dos processos estruturais. A metodologia adotada na pesquisa é a revisão bibliográfica, a partir do método dedutivo. A investigação está alicerçada no modelo constitucional de processo, bem como no experimentalismo democrático, visando discutir a epistemologia adotada nos processos estruturais, o respeito aos direitos fundamentais e à participação democrática nesses processos. Os resultados sugerem que os processos estruturais ainda operam sob limitações impostas pelo modelo tradicional, especialmente quanto à participação efetiva dos múltiplos sujeitos impactados, exigindo, portanto, uma reconfiguração do princípio do contraditório, a fim de resguardar direitos fundamentais basilares do Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: *This paper analyzes the tension between the traditional procedural model and the participatory demands of structural litigation, seeking to address the following research problem: how does the traditional procedural model undermine the right to adversarial proceedings in structural cases, particularly regarding the effective participation of the recipients of judicial decisions? The research hypothesis is that the absence of a distinct epistemology for structural litigation keeps its application subordinate to the traditional procedural model, resulting in a weakening of adversarial proceedings and jeopardizing other fundamental rights associated with the Democratic Rule of Law, such as due process and the right to a full defense. Therefore, this study aims to investigate the need to reconfigure the right to adversarial proceedings in structural litigation. The methodology adopted is a bibliographic review based on the deductive method. The research is grounded in the constitutional model of due process and in democratic experimentalism, aiming to discuss the epistemology adopted in structural litigation, the respect for fundamental rights, and democratic participation within these processes. The findings suggest that structural litigation still operates under limitations imposed by the traditional model, especially regarding the effective participation of the multiple affected parties. Therefore, a reconfiguration of the principle of adversarial proceedings is necessary to safeguard the fundamental rights that underpin the Democratic Rule of Law.*

PALAVRAS-CHAVE: contraditório; democracia; participação; processos estruturais.

KEYWORDS: *adversarial proceedings; democracy; participation; structural litigation.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A rachadura do modelo tradicional de processo; 2 Um novo processo?; 3 O contraditório nos processos estruturais; 4 Como pensar fora da caixa estando dentro dela?; 5 Um contraditório experimentalista? Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The crack in the traditional process model; 2 A new process?; 3 The contradiction in structural processes; 4 How to think outside the box while being inside it?; 5 An experimentalist contradiction?; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O trabalho analisa as insuficiências do modelo tradicional de processo, marcado pela binariedade – autor e réu –, para operacionalização dos processos estruturais, a fim de demonstrar como o modelo processual tradicional compromete o direito ao contraditório nos processos estruturais, especialmente no que tange à participação efetiva dos destinatários das decisões judiciais.

Importa dizer que os processos estruturais consistem em uma espécie de processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza violação de direitos em razão do seu modo de funcionamento (VITORELLI, 2018, p. 8). São comumente processos que envolvem direitos fundamentais interligados ao mau funcionamento ou à ausência de políticas públicas, geralmente envolvendo discussões sobre saúde, trabalho, meio ambiente, consumo, educação e assistência social.

Nesse sentido, o estudo se justifica uma vez que os processos estruturais desafiam os limites impostos pelo modelo processual vigente, que, mesmo prevendo leis que versam sobre processos coletivos, ainda está aprisionado a uma epistemologia individualista. Dessa forma, esforços empregados para apresentação de soluções inovadoras acabam sendo limitados por uma racionalidade que obstaculiza a expressão de ideias ligadas à coletividade.

Entre os principais problemas decorrentes da dissonância entre o aparato jurídico processual disponível e as demandas pela devida prestação jurisdicional de direitos fundados na solidariedade social está o esvaziamento de sentido de direitos processuais formatados para operar no modelo de processo binário.

A reflexão a partir do direito ao contraditório decorre da proposta de refletir a participação dos destinatários dos efeitos da decisão estrutural na formação da *ratio decidendi*, considerando as bases que deram origem ao direito e o esvaziamento desse sentido originário quando ocorre a tentativa de aplicá-lo a uma metodologia processual que requer novas configurações.

Nesse sentido, a hipótese da pesquisa é que a ausência de uma epistemologia própria para os processos estruturais mantém a sua aplicação subordinada ao modelo tradicional de processo, o que resulta em um esvaziamento do contraditório e compromete os demais direitos fundamentais vinculados ao Estado Democrático de Direito, como o devido processo legal e a ampla defesa.

Dessa forma, o estudo objetiva investigar a necessidade de reconfiguração do direito ao contraditório nos processos estruturais, tendo como objetivos específicos: (i) analisar as limitações do modelo processual tradicional frente às demandas dos direitos de segunda e terceira dimensões; (ii) examinar como o direito ao contraditório tem sido abordado na prática dos processos estruturais. Para tanto, adota-se como metodologia a revisão bibliográfica a partir do método dedutivo.

Na pesquisa, utilizam-se os referenciais teóricos do modelo constitucional de processo, bem como do experimentalismo democrático, visando discutir a epistemologia adotada nos processos estruturais e o respeito aos direitos fundamentais e à participação democrática.

Os resultados sugerem que os processos estruturais ainda operam sob limitações impostas pelo modelo tradicional, especialmente quanto à participação efetiva dos múltiplos sujeitos impactados, exigindo, portanto, uma reconfiguração do princípio do contraditório, a fim de resguardar direitos fundamentais basilares do Estado Democrático de Direito. É preciso reconhecer a necessidade de transbordamento de sentidos para formulação de novos conhecimentos, que sejam capazes de oferecer o substrato necessário para a utilização democrática e constitucional dos processos estruturais.

1 A RACHADURA DO MODELO TRADICIONAL DE PROCESSO

Os processos estruturais consistem em uma metodologia que desafia as formas concebidas pelo modelo tradicional de processo, isso porque o próprio surgimento desse método está intrincado ao reconhecimento de direitos que representam uma transformação paradigmática do direito moderno ocidental.

Para fins de melhor compreensão, importa dizer que após a Segunda Guerra Mundial os pressupostos do Estado Liberal, marcado pelo absenteísmo estatal, não se sustentaram frente à evidência da indissociabilidade entre o indivíduo e a sociedade. Além disso, a proposta socialista, com uma perspectiva

coletiva da sociedade, demandou uma reação dos países capitalistas, que, de certo modo, precisaram ceder ao reconhecimento de direitos atrelados à solidariedade social.

Nesse sentido, o Estado Liberal trouxe em si as suas próprias contradições, uma vez que os direitos de liberdade e igualdade, em um sentido meramente formal, evidenciaram as profundas desigualdades sociais, surgindo o Estado de Bem-Estar Social com a promessa de reconhecimento de direitos sociais e econômicos e, posteriormente, o Estado Democrático de Direito, que se preocupou em sopesar a ampliação dos deveres estatais e uma correspondente ordem normativa capaz de legitimar os processos decisórios.

Apesar de suas transformações, não se pode desconsiderar que as estruturas do direito moderno foram erguidas sob uma visão individualista, que parte do sujeito de direitos, tanto o é que o conceito de direito foi vinculado à tutela do interesse de um indivíduo, sob a compreensão de que direito é o interesse juridicamente protegido (IHERING, 2008)³.

A ênfase que os direitos humanos de primeira dimensão⁴ (direitos civis e políticos)⁵ deram ao indivíduo decorre do esforço feito à época para promoção de um modelo de Estado que invertesse a lógica soberano/súditos.

³ Sobre a concepção de direito subjetivo de Ihering: "Ihering viveu numa época de afirmação do indivíduo perante o Estado centralizador e forte. Hoje só vemos os ares do Estado Democrático de Direito e do reconhecimento formal do direito de participação nos processos decisórios que nos interessam. Vivemos em uma sociedade complexa, o que significa que não podemos partir dessa mesma perspectiva de Ihering para explicar os novos fenômenos do direito coletivo. O Estado Democrático de Direito nos trouxe como legado a necessidade de vivermos a difusão da racionalidade, que se concretiza por meio de uma infinidade de processos decisórios. Participamos diariamente em nossas vidas em sociedade, de uma centena de situações jurídicas que nos obrigam a manifestarmos nossos interesses e defendê-los para que prevaleçam nos casos concretos" (MACIEL, 2006, p. 19).

⁴ Acerca do termo "dimensão", filiamos ao entendimento de Wolkmer: "Compartilhando as interpretações de Bonavides e de Sarlet, substituem-se os termos 'gerações', 'eras' ou 'fases' por 'dimensões, porquanto esses direitos não são substituídos ou alterados de tempos em tempos, mas resultam num processo de fazer-se e de complementariedade permanente. Tendo claras a 'inter-relação e a indivisibilidade' de todos os direitos, e levando em conta as tipologias de Marshall, Bobbio, Sarlet e Oliveira Jr., propõe-se, na esteira do último autor, a ordenação histórica dos 'novos' direitos em cinco grandes 'dimensões'" (WOLKMER, 2013, p. 127).

⁵ A respeito dos direitos de primeira dimensão: "São os direitos civis e políticos. Trata-se dos direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. Direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos 'negativos'" (WOLKMER, 2013, p. 127).

No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadãos ou soberanos/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos. (BOBBIO, 2004, p. 8)

Nesse sentido, o ordenamento jurídico foi delineado a partir da ideia de um indivíduo que aciona a justiça para ver satisfeito um interesse, tendo como pano de fundo uma relação bilateral na qual há um credor e um devedor. Essa centralização do indivíduo é consequência de uma epistemologia antropocêntrica, que expressa o “racionalismo iluminista, do contratualismo societário, do liberalismo individualista e do capitalismo concorrencial” (WOLKMER, 2013, p. 127).

Assim, mais do que a mera influência do individualismo, a construção do conhecimento jurídico é marcada pelo paradigma liberal. Valendo-se da concepção de direitos humanos de Raimundo Panikkar, a ideia de paradigma aqui trabalhada é compreendida como “uma janela através da qual uma cultura determinada concebe uma ordem humana justa para seus indivíduos, mas os que vivem naquela cultura não enxergam a janela” (2004, p. 210).

Mais do que isso, em uma sociedade cuja distribuição de poder é desigual, seria possível falar em compartilhamento de uma ordem humana justa? Considerando o caráter hegemônico da epistemologia racionalista iluminista, Helena Patrícia Freitas (2023) argumenta existir um monismo jurídico.

Opera-se um impositivo de dicção única, como se somente as estruturas dominantes pudessem dizer o que é o direito e o processo. Isso induz a que as decisões estatais decorram de uma lógica eurocêntrica, centralizadora e chanceladora de uma visão hegemônica e universalizante, que desconsidera e anula outras possibilidades de formação (FREITAS, 2023, p. 28 e 29).

A partir disso é possível não apenas considerar a existência dessas “janelas” que operam como prisma por meio do qual o mundo é entendido, como é possível refletir a construção e as implicações dessas estruturas que limitam o olhar.

Valendo-se das concepções de Reinhart Koselleck, os processos estruturais podem ser compreendidos como situados entre o “espaço de experiência” e o “horizonte de expectativa”, que são categorias que permitem refletir as possibilidades históricas a partir das compreensões sobre uma história passada e futura (KOSELLECK, 2006, p. 306).

Há aqui uma compreensão da história que não se identifica com a mera análise do passado, mas sim a partir de uma “vinculação secreta entre o antigo e o futuro, cuja conexão só se pode reconhecer depois de se haver aprendido a compor a história a partir dos dois modos de ser, o da recordação e o da esperança” (KOSELLECK, 2006, p. 308).

A recordação corresponde à experiência e consiste no passado presente, nos acontecimentos que permanecem por terem sido incorporados por meio da lembrança, seja por meio de uma elaboração racional, seja pelas formas inconscientes que resistiram ao tempo. Dirigindo-se ao futuro, a esperança é entendida como expectativa, que é o futuro presente, o que significa a presença das expectativas de um futuro desejado (KOSELLECK, 2006).

Nesse sentido, os processos estruturais, por significarem uma dinâmica criada como resposta operacional às insuficiências do modelo tradicional de processo, ante a previsão de direitos fundamentais ligados à coletividade, situam-se no limite do “espaço de experiência”, direcionando-se para o futuro a partir de um anseio por respostas capazes de conciliar o mundo almejado e a realidade posta.

Para fins de melhor visualização dessa rachadura no modelo tradicional de processo, convém rememorar o caso *Brown v. Board of Education* (1954), conhecido como o primeiro caso de *structural injunction*⁶. O caso diz respeito ao ajuizamento de quatro ações coletivas em diferentes Estados dos Estados

⁶ Sobre as *structural injunctions*, confira-se: “Talvez um dos mais importantes instrumentos nessa direção sejam as chamadas *structural injunctions*, concebidas pela doutrina norte-americana. Percebeu-se que muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo

Unidos da América (EUA) entre 1951 e 1952, tendo a Suprema Corte americana destacado a de Topeka City/Kansas. As ações objetivavam a admissão de crianças negras em escolas públicas, sendo pleiteada a promoção de uma reforma no sistema educacional para cessação do regime de livre segregação.

No julgamento restou reconhecido que a segregação nas escolas públicas violava a 14^a Emenda da Constituição norte-americana. Todavia, a implementação da decisão só foi possível quando a Suprema Corte emitiu uma nova decisão (1955), cujo conteúdo voltou-se à implementação da decisão anteriormente proferida, prevendo medidas para consecução da reforma estrutural. Isso porque a primeira sentença dada ao caso, embora tenha declarado a inconstitucionalidade da livre segregação, não foi cumprida sem que fossem adotadas medidas de acompanhamento e imposição de ações paulatinas almejando a reorganização do sistema educacional.

Foi inaugurada uma atuação judicial que transcende um modelo segundo o qual o juiz deve dar uma sentença fechada, voltada para fatos pretéritos e destinada apenas às partes. Owen Fiss demonstra o impacto do caso *Brown* na Suprema Corte para construção de um novo método processual.

Esse esforço exigiu das cortes uma transformação radical do *status quo*, na verdade, uma reconstrução da realidade social. As cortes tiveram de superar a mais intensa resistência e, ainda mais problematicamente, precisaram intervir e reestruturar organizações de grande portem os sistemas de educação pública. O imaginário era rural e individualista – a criança negra entrando em uma escola composta inteiramente por crianças brancas –, mas a realidade era claramente burocrática, especialmente em meados dos anos 60, quando o foco, e a nação, de um modo geral, mudou para os centros urbanos. (FISS, 2017, p. 121)

Observa-se, portanto, que os processos estruturais nascem em uma espécie de rachadura causada pelas novas demandas frente à insuficiência das técnicas processuais engendradas na logicidade individualista.

em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado” (ARENHART, 2013, p. 3).

A aplicação dessa dinâmica processual também foi sendo incorporada nos países latino-americanos; no entanto, de maneira específica, dada a impossibilidade de sobreposição entre realidades tão distintas. Uma diferença visível é que nos países do norte-global o que é compreendido como processos estruturais está muito mais ligado à luta por direitos civis e políticos, enquanto no sul global há principalmente problemas ligados a um modelo econômico globalizado, que, frequentemente, gera, entre outras consequências, profundos impactos ambientais às coletividades, como o caso *Mendoza*⁷, na Argentina, e o caso *Mariana/Brumadinho*, no Brasil (COTA, 2019, p. 60 a 64).

No Brasil, situando-se a Constituição Federal de 1988 em um lugar de transformação de sentidos caracterizado pela ampliação de direitos calcados na potencialização da coletividade e em uma interpretação axiológica e programática do conteúdo constitucional, novos direitos e novos sujeitos passaram a ser discutidos no espaço de conjugação de diferentes forças que disputam a implementação das normas constitucionais.

Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro também ficou preso a uma perspectiva individualista, posto que as mudanças jurídicas ocorreram de forma fragmentária, de maneira que a previsão de direitos coletivos não foi acompanhada do desenvolvimento de uma racionalidade processual própria capaz de viabilizar, a partir de uma nova epistemologia, a implementação de um modo de pensar jurídico-coletivo. Há, portanto, uma tensão no presente entre temporalidades distintas que são disputadas em um mesmo “espaço de experiência”.

No que diz respeito aos direitos coletivos, não se desconsidera a existência de alguns avanços, destacadamente a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) e as Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999 (que definem o controle de constitucionalidade).

⁷ O caso “Mendoza” simboliza a utilização dos processos estruturais na realidade latino-americana. Trata-se do fato de que a partir de 1990 o Judiciário da Argentina passou a ser constantemente provocado para promover reformas estruturais, destacando-se entre elas uma demanda judicial decorrente da contaminação ambiental da bacia hídrica Matanza-Riachuelo, nos contornos de Buenos Aires, denominado de caso “Mendoza”. A judicialização do litígio dizia respeito a um problema ambiental e social profundo, que envolveu cinco milhões de pessoas, quase vinte mil indústrias e discussões sobre a contaminação de 64 quilômetros de bacia hidrográfica, algo muito semelhante aos casos Mariana/MG e Brumadinho/MG.

Contudo, mesmo em tais legislações, a normatização ocorre engessada a uma logicidade processual binária. A ideia forte de direito subjetivo e de direito como interesse juridicamente protegido acabou sendo refletida na tutela dos direitos coletivos brasileiros, tendo em vista a dificuldade de pensar uma racionalidade que ultrapassasse a epistemologia individualista (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Prova disso é a previsão do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁸, que tentou encaixar os litígios coletivos na ideia de interesse e direito subjetivo. Acerca das consequências advindas da classificação feita na legislação consumerista, respectivamente, Edilson Vitorelli e Vicente Maciel Júnior levantam os seguintes questionamentos:

Esse problema existe tanto em relação aos direitos atualmente classificados como difusos e coletivos, ou genericamente, transindividuais, quanto aos direitos qualificados como individuais homogêneos. Em nenhuma dessas categorias o ordenamento jurídico brasileiro especifica requisitos para a delimitação da pretensão coletiva. Se há várias maneiras possíveis de tutelar um determinado direito de grupo e cada uma delas conta com defensores tanto entre legitimados coletivos, quanto entre pessoas não legitimadas, que fazem parte do grupo social, qual critério poderá orientar a definição da tutela jurisdicional a ser prestada? O problema se agrava em relação aos direitos transindividuais, em razão da maior extensão da coisa julgada coletiva e da indefinição da titularidade dos direitos. (VITORELLI, 2015, p. 23)

⁸ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” (BRASIL, 1990)

Temos no Brasil um sistema de ações coletivas, mas estamos longe de um consenso sobre o que sejam os direitos (ou interesses) difusos, coletivos, homogêneos, etc. Ou seja, temos tutelas processuais, mas a doutrina e a jurisprudência estão repletas de indagações sobre a legitimação, os efeitos, a forma, a extensão daquilo que estamos tutelando. Os direitos são iguais aos interesses? Significa a mesma coisa? Qual seria a relevância prática dessa distinção? Se diferentes, o que seriam os “interesses” difusos e os “direitos” difusos? Como se dá a execução desses “direitos” ou “interesses”? Não é incoerente que tenhamos um avançado sistema de tutelas coletivas no Brasil, mas não tenhamos uma teoria do direito coletivo que a sustente? (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 20)

Os direitos coletivos ficaram, portanto, aprisionados em uma racionalidade limitada, não tendo sido configurada uma epistemologia própria, que fosse capaz de transcender a bipolaridade do direito processual vigente, mantendo-se uma perspectiva compartimentada em uma lógica de “tudo” ou “nada”⁹.

Nessa disritmia entre os instrumentos processuais disponíveis e o cumprimento da devida prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988¹⁰) é que estão localizados os processos estruturais, como metodologia consistente em

um tipo (espécie) de processo coletivo que visa enfrentar conflitos multipolares e de elevada complexidade, cujo objetivo é promover a guarda dos direitos fundamentais pela via jurisdicional. Para tanto, interferem no (mau) funcionamento ou na omissão

⁹ “O direito processual civil brasileiro foi, todo ele, concebido para lidar com uma espécie muito bem determinada de litígios. Ele foi pensado para lidar com a situação típica da ‘lide’, em que se vê uma pretensão de um sujeito (ou grupo de sujeitos), objeto de resistência ou de insatisfação por outro sujeito (ou grupo de sujeitos).” (ARENHART, 2013, p. 1)

¹⁰ “Art. 5º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988)

de instituição públicas e privadas que fomentam violações desses direitos ou envolver o ajuste ou implementação de políticas públicas que busquem promover um estado de coisas no qual esses direitos são assegurados. (NÓBREGA; FRANÇA, 2022, p. 99)

Como consequência, não há ainda uma sistematização legislativa acerca dos processos estruturais no Brasil, sendo a construção de seus caminhos arquitetada pelas experiências judiciais e pela construção teórico-argumentativa de juristas dedicados ao assunto. Momento oportuno, portanto, para desafiar os limites das amarras epistemológicas da perspectiva liberal, a fim de construir uma racionalidade jurídica realmente capaz de absorver as demandas que os processos estruturais se propõem a enfrentar.

2 UM NOVO PROCESSO?

Considerando a necessidade de pensar instrumentos alternativos ao modelo processual tradicional, frente à necessidade de operacionalizar direitos fundamentais que maximizam a atuação estatal, não pensar uma nova dinâmica processual é não apenas equivocado, como pode causar sérios problemas de legitimidade.

Tanto que desde o surgimento dos processos estruturais há a constatação da insuficiência do processo bilateral tradicional.

O modelo estrutural é geralmente criticado porque envolve um distanciamento de uma forma ideal. Essa crítica pressupõe, obviamente, um protótipo ou ação judicial “modelo”, uma forma ideal com a qual todas as ações judiciais serão comparadas. O padrão usual de comparação, o modelo de solução de controvérsias, é tríade e altamente individualista: uma ação judicial é visualizada – com a ajuda do ícone da Justiça segurando sua balança – como um conflito entre dois indivíduos, o autor da ação e o réu, e um terceiro situado entre as duas partes, como um árbitro imparcial, para observar e decidir quem está certo e declarar o que deve ser feito. Com relação a essa perspectiva, a reforma

estrutural certamente é uma transformação e parece ser totalmente diferente. (FISS, 2017, p. 135)

Whatever its historical validity, the traditional model is clearly invalid as a description of Much current civil litigation in the federal district courts. Perhaps the dominating characteristic of modern federal litigation is that lawsuits do not arise out of disputes between private parties about private rights. Instead, the object of litigation is the vindication of constitutional or statutory policies. (CHAYES, 1976, p. 1283 e 1284)

Entre os aspectos dos processos estruturais que mais merecem atenção por não aderirem aos instrumentos jurídicos disponíveis está “a abordagem policêntrica do litígio, que influencia no desenvolvimento do processo e que decorre da característica irradiada do litígio que subjaz ao processo” (VITORELLI, 2024, p. 81).

Isso porque o modelo processual tradicional foi configurado segundo uma compreensão binária, na qual há, de um lado, um autor e, de outro, um réu, “os conflitos se desenvolvem entre ‘A’ e ‘B’, com posições jurídicas totalmente distintas e bem definidas” (COTA, 2019, p. 36). É uma compreensão do direito vinculada ao direito subjetivo e à ideia de interesse, conforme explicitado na Seção “2”.

Disso resulta uma enorme dificuldade para operacionalização dos processos coletivos de forma geral e especialmente dos processos estruturais, uma vez que estes são caracterizados justamente pela hipercomplexidade, pelo enfrentamento não de conflitos entre particulares, mas de situações de desconformidade de instituições públicas ou privadas que agem ou se omitem causando violações de direitos fundamentais.

Não bastasse a dificuldade de pensar conflitos policêntricos¹¹ dentro da ordem jurídica, o efeito reflexo dessa insuficiência é a ocorrência de sérios problemas de legitimidade, não sendo raras as vezes em que o Judiciário é

¹¹ Arenhart utiliza a expressão processo multipolar, mas optou-se pelo termo “policêntrico” neste trabalho por ser este mais alinhado a uma noção não necessariamente polarizada. Acerca do termo, William Fletcher ilustra o caráter policêntrico ao compará-lo com uma teia de aranha, na qual a tensão dos vários fios é determinada pela relação entre todas as partes da teia (1982, p. 645).

acusado de ativismo judicial sob o argumento de ingerência em funções relativas aos demais Poderes do Estado (ARENHART, 2017).

Se, de um lado, pode-se responder à crítica com a necessidade de não negar aos cidadãos o direito à prestação jurisdicional, com fundamento no art. 5º, XXXV, da CRFB/1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; de outro, não se pode ignorar que um sistema desenhado para reger relações entre particulares localizados em polos bem definidos precisa se readaptar para manifestar-se sobre litígios complexos envolvendo interesses policêntricos.

Importa dizer que, diante dessa dificuldade de conciliação entre um modelo individualista e a multiplicidade de interesses envolvidos na demanda, a solução dada pelo legislador foi a representação processual por órgãos legitimados. Assim, órgãos como Ministério Público, Defensoria Pública, Partidos Políticos e Associações, foram selecionados para representar as pessoas interessadas na demanda. O direito subjetivo permaneceu como ponto de partida, extremando as dificuldades, uma vez que a epistemologia individualista permaneceu, maculando possibilidades de novos caminhos (ARENHART, 2017).

Disso resultou um enorme problema, que é o esvaziamento de direitos fundamentais construídos “sob encomenda” para o modelo processual bipolar, o que pode comprometer a legitimidade e a efetividade das decisões judiciais. Destaque-se que a ideia inicial seria que os órgãos legitimados realizassem a representação dos interessados; todavia, dada a impossibilidade de aferição dos interesses/direitos coletivos *lato sensu* de pessoas e grupos sem que esses apareçam de alguma maneira corporificados no curso processual, os objetivos restaram frustrados.

É curioso notar como o processo coletivo – e particularmente, processo coletivo brasileiro – “abstrai” as pessoas envolvidas em um litígio metaindividual ou individual de massa. Mais do que isso, o modelo brasileiro adotado para a tutela coletiva culmina por “pessoalizar” os direitos individuais de massa e os direitos metaindividuais, de certa forma atribuindo-os aos legitimados para a tutela coletiva e tratando esses

interesses, a partir de então, como se fossem direitos individuais. (ARENHART, 2017, p. 426)

Esse engessamento normativo causa problemas atrelados aos direitos coletivos de forma geral, acentuando-se nos litígios estruturais, uma vez que eles têm como objeto litígios complexos, que demandam que todas as posições participem do processo (ARENHART, 2017, p. 428 e 429).

Assim sendo, tendo em vista que os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como o princípio do contraditório – visto aqui como participação paritária (BARROS, 2009) –, têm sido esvaziados nos processos coletivos, especialmente nos processos estruturais, é importante enfrentar esse fenômeno, de modo a realizar um esforço de transcendência do modelo tradicional binário.

3 O CONTRADITÓRIO NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

O legislador, ao definir que os direitos da coletividade estariam sujeitos à atuação de órgão legitimados *ex lege*, incumbidos da representação processual em juízo, realizou verdadeira mitigação do direito ao contraditório, sendo necessário explicitar o que se entende por contraditório.

A história de conceitos pode fornecer o substrato necessário para enfrentamento do desafio que é exprimir o sentido da palavra contraditório. Isso porque essa disciplina parte da compreensão da polissemia da linguagem, exercendo investigação acerca das diferentes nuances de sentido de uma dada palavra ao longo da história.

Além disso, ela considera como conceitos políticos e sociais operam tensionando passado e futuro no presente, servindo como forma de alteração da realidade por meio dos usos linguísticos, em uma perspectiva de que “os conceitos não servem mais para aprender os fatos de tal ou tal maneira, eles apontam para o futuro” (KOSELLECK, 2006, p. 102).

Nesse sentido, a ideia de expectativa de Reinhart Koselleck é aproximada da de conceitos, existindo o que o autor chama de “conceito de expectativa, que, muito mais do que atrelar um sentido a uma palavra, almeja criar a realidade, direcionando-se para o horizonte de expectativas” (2006, p. 107).

Assim, o contraditório, enquanto conceito não estático, com significações alteradas ao longo do tempo, de acordo com as forças estabelecidas entre

o “espaço de experiência” e o “horizonte de expectativas”, não pode ser interpretado apartado de sua historicidade (KOSELLECK, 2006). Há que se analisar o conceito ao longo dos anos a partir de suas dimensões políticas e sociais.

Não se desconsiderando a impossibilidade da linearidade, importa situar no tempo os sentidos do conceito, sem que isso acarrete uma ideia de cristalização temporal, isto é, sabe-se que compreensões passadas interagem com o presente de diferentes maneiras.

No que diz respeito ao surgimento da ideia de contraditório na modernidade, Nicola Picardi assevera que ele aparece a partir do século XV, envolto em uma visão jusnaturalista, expressa pela máxima “*audiatur et altera parte*” (1988, p. 674 e 675). Nesse momento, a compreensão da importância de ouvir as partes expressa um caráter ético, que preconizava a busca da verdade e considerava as distinções de forças entre os litigantes (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 180).

Todavia, com o direito moderno, entre os séculos XVII e XVIII, há uma perda axiológica do conceito, uma vez que “a função judicial se despersonaliza e se burocratiza” em uma prática positivista (PICARDI, 1998, p. 674 e 675).

Ainda no século XIX, a palavra “contraditório” passa a aparecer nos Códigos de Processo Penal de vários países, tornando-se um direito fundamental estabelecido nas disputas jurídicas. Todavia, muito restrito à ideia de direito de defesa, sem um aprofundamento dialógico.

As inspirações iluministas vão preconizar uma “arte da razão” em detrimento de uma “arte do diálogo”, o que traz como consequência um desprestígio da prova testemunhal, bem como dos debates no interior do processo. Dessa forma, a noção de “verdade provável” passa a ser substituída pela crença em uma verdade objetiva” (BAHIA; PEDRON, 2016, p. 131).

Nesse sentido, importa retomar a problemática do cientificismo-cartesiano, que alicerçou o direito moderno, uma vez que a crença mítica na razão pretendeu eliminar termos axiologicamente carregados, de modo que o contraditório, cujas raízes são principiológicas e tinham como fundamento uma ideia de direito natural vinculado à ética (PICARDI, 1998), passou a ser entendido como mero direito de dizer e contradizer ou uma forma de bilateralidade de audiência (BAHIA; PEDRON, 2016, p. 133).

No fim do século XIX, percebe-se, assim, o exaurimento da função axiológica do contraditório e mesmo de qualquer referência com o direito natural, ou seja, sua importância ético-ideológica. Foi o princípio, desse modo, remetido a um papel secundário que o fez perder qualquer liame com a essência do fenômeno processual. (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 181)

Como resultado, sob uma pretensa neutralidade, o julgador se torna o centro do processo, dizendo o que é o direito, dada a impossibilidade de um conhecimento destituído do caráter humano.

No paradigma do Estado de Bem-Estar Social, o conteúdo axiológico do contraditório continuou distanciado do processo, que, com o reconhecimento de direitos sociais e coletivos, sem uma normatividade que acompanhasse temporalmente uma epistemologia efetivamente coletiva, resultou no aumento do protagonismo do juiz, momento, inclusive, de surgimento dos processos estruturais.

Esta visão permitiu um acentuamento dos poderes judiciais com a atribuição da direção do processo por parte do juiz (*richterliche Prozessleitung*) entendida não somente no aspecto formal (*formelle Prozessleitung*), de regular e promover a ordem e o ritmo dos atos do processo, mas também em seu aspecto material (*materielle Prozessleitung*) ofertando ao órgão judicial controle e iniciativa oficiosa no recolhimento do material que formará o objeto do juízo sobre o mérito. (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 2009)

O objetivo, especialmente na segunda metade do século XX, era alcançar a finalidade do processo, sem que houvesse uma preocupação com as garantias processuais constitucionais (NUNES, 2009, p. 40), o que reflete o impacto do modelo neoliberal em âmbito processual, que associa processo a uma burocracia que precisa ser eliminada.

Diante dessa problemática, com a doutrina italiana, propõe-se uma nova visão, destacando-se a concepção de Fazzalari, para quem o contraditório passa

a qualificar o processo, de maneira que “existe processo quando do iter de formação de um provimento participam, justamente, os destinatários de seus efeitos, em contraditório” (FAZZALARI, 2006, p. 380), fornecendo as balizas teórico-jurídico afins ao Estado Democrático de Direito.

[...] a teoria fazzalariana, ao garantir uma percepção da importância técnica da participação endoprocessual das partes, permite, juntamente com as novas bases do constitucionalismo e da teoria do direito, novos e importantes horizontes para uma nova etapa da ciência processual que consiga suplantar os horizontes do liberalismo, da socialização e do neoliberalismo processual, de modo a se alcançar uma procedimental democratização do processo. (NUNES, 2009, p. 208)

Assim, na contemporaneidade, a falência das compreensões objetivistas culminou em uma ampliação de sentidos ao contraditório, que se consolida enquanto artifício da própria democracia, como uma espécie de direito de ser efetivamente ouvido. Para além da mera previsão constitucional do instituto, no Estado Democrático de Direito a consideração da polissemia da linguagem conduz à necessidade de balizar o exercício hermenêutico em um processo justificatório público que leve em consideração a capacidade de os sujeitos atingidos pelas decisões judiciais efetivamente contribuírem para a sua formação.

Tal concepção significa que não se pode mais na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreve ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial. (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 179)

Nesse sentido, no paradigma democrático, há “uma superação em face de uma redução meramente instrumentalizante para, em substituição, apontar para uma leitura ontológica do contraditório como elemento constitutivo da

própria ideia moderna de processo democrático” (BAHIA; PEDRON, 2016, p. 130). Reconhece-se que as decisões públicas serão legítimas na medida em que forem abertas as construções argumentativas realizadas por aqueles sobre as quais produzirá efeitos, em um compromisso de exposição argumentativa no espaço público.

A Constituição Federal de 1988 está localizada nesse paradigma jurídico, adotando uma concepção procedimental do contraditório, o que significa que “toda decisão deve ser resultado de um fluxo discursivo balizado por um procedimento embasado nos princípios fundamentais (processo) que permita uma formação processual de todo exercício do poder” (NUNES, 2009, p. 203). Há um deslocamento da ênfase na jurisdição para a ênfase no procedimento, de modo que o juiz é retirado do seu lugar de sabedoria, reconhecendo-se que a decisão “correta” pressupõe um debate argumentativo entre os interessados.

Tal deslocamento está ancorado no paradigma do Estado Democrático de Direito, dado o seu caráter procedimentalista, a partir do qual passa-se a compreender o processo como garantia constitucional codependente aos direitos fundamentais – até por se tratar de procedimento realizado em contraditório (FAZZALARI, 2006) –, notadamente, no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 (BARROS, 2009; 2010).

Todavia, cumpre retomar as temporalidades e não linearidades históricas, de forma que, apesar da proposição democrática, há ainda a preponderância de institutos típicos do Estado Liberal, além de movimentos paralelos ao processo de democratização, nos quais houve uma sobrevalorização da rapidez procedimental e de uma suposta eficácia, nos parâmetros neoliberais, em detrimento de um modelo garantista de processo.

O discurso de produtividade industrial e de rapidez na prolação das decisões faz com que os provimentos deixem de buscar uma adequação constitucional (legitimidade), que partiria do julgamento do caso concreto em suas especificidades. Ao contrário, busca-se o julgamento de centenas de casos partindo de uma suposta identidade entre eles. (NUNES, 2009, p. 210)

Diante da concomitância de temporalidades distintas, os processos estruturais parecem estar ainda aprisionados em uma logicidade individualista, que faz ecoar uma visão instrumentalizante da própria vida. Isso porque, embora vigente o Estado Democrático de Direito, há uma propensão de que esse tipo de conflito levado ao Judiciário esteja sujeito ao solipsismo judicial e à artificialidade representativa por órgãos legitimados.

Para além da mera previsão constitucional do contraditório, o caráter programático, aberto e dinâmico da Constituição da República de 1988 permite afirmar que o constituinte se preocupou em propiciar um espaço para construção democrática, para disputa dos vários interesses na esfera pública, o que também deve ser refletido no âmbito judicial.

Essa compreensão decorre da aceitação de que a linguagem possui limites, o que significa que a interpretação dos textos legais não é imune a vieses. Reconhece-se, portanto, o mito da neutralidade, de modo que, diante dessa constatação, o caminho para promoção da legitimidade dos processos decisórios é a prática democrática. Logo, as decisões públicas serão legítimas na medida em que são abertas às construções argumentativas realizadas por aqueles sobre as quais produzirá efeitos, em um compromisso de exposição argumentativa no espaço público.

De todo modo, a efetiva participação ainda é um desafio que perpassa as dificuldades de acesso à justiça, de maneira que os fatores econômicos, sociais, culturais, etc., ainda se apresentam como óbice para que a presença das partes não seja meramente artificial.

Contudo, apesar da permanência de obstáculos, a previsão constitucional e infraconstitucional de um contraditório que não se resume à bilateralidade de audiência, sendo também fundado na cooperação processual e no direito de realmente influenciar a decisão judicial, de modo a gerar ônus argumentativo ao julgador, tem possibilitado processos judiciais cuja legitimidade é fundada na participação dos envolvidos.

A questão se aprofunda quando está em discussão processos coletivos, pois a alternativa encontrada pelo legislador para lidar com conflitos que envolvem um grupo ou um número indeterminado de indivíduos foi a representação processual por órgãos legitimados. Nos processos estruturais, o problema se torna ainda mais grave, uma vez que eles tratam de políticas

públicas conectadas a direitos fundamentais, o que significa um deslocamento das instâncias de discussão política para o Judiciário.

Utilizando a concepção de Vitorelli, os processos estruturais consistem em uma espécie de processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a violação de direitos em razão do seu modo de funcionamento (2018, p. 8), sendo comumente processos que envolvem direitos fundamentais interligados ao mau funcionamento ou à ausência de políticas públicas, geralmente envolvendo discussões sobre saúde, trabalho, meio ambiente, consumo, educação e assistência social.

Como os processos estruturais envolvem, geralmente, causas de grande complexidade e com grande número de afetados, Ana Paula de Barcellos (2024) fala em humildade na jurisdição constitucional, chamando atenção para o fato de que nem sempre o Judiciário saberá como agir, principalmente nessa nova dinâmica processual, cujo objetivo é gerar obrigações voltadas ao futuro, em uma busca pela implementação de direitos fortemente conectados com normas constitucionais principiológicas. Nesses casos, o ideal, segundo a autora, é possibilitar que os próprios interessados possam suscitar uma espécie de incidente, inclusive oferecendo pessoas de seu grupo para emitir uma opinião sobre determinado assunto.

O termo humildade, cunhado pela autora (BARCELLOS, 2014), pode contribuir na medida em que indica uma postura horizontalmente aberta, que reconhece as próprias insuficiências e se abre para um ideal de construir “com”.

Esse tipo de postura aberta a uma horizontalização do saber, que reconhece que os interessados no processo estrutural devem e podem contribuir para a construção do provimento jurisdicional, é a única alternativa para que o Judiciário possa manifestar-se sobre questões político-jurídicas de uma forma não autoritária.

4 COMO PENSAR FORA DA CAIXA ESTANDO DENTRO DELA?

Se o contraditório do modelo binário é amarrado a uma epistemologia individualista, de modo que quando aplicado aos processos estruturais pode excluir os destinatários da decisão judicial, haveria um outro caminho possível?

Responder a essa pergunta não é tarefa fácil; contudo, neste trabalho objetiva-se, admitindo-se as insuficiências encontradas no modelo tradicional de processo, explorar um caminho que tem se apresentado como possível, o do experimentalismo democrático.

Antes, é importante explicitar a divisão feita por Tushnet ao discorrer sobre a compreensão de Landau acerca das *structural injunctions* e as duas possibilidades de condução de intervenção judicial envolvendo poderes políticos: (1) *strong-form review* e (2) *weak-form review* (LANDAU, 2012, *apud* TUSHNET, 2012).

Tushnet argumenta que, para ele, os processos estruturais se aproximam muito da sua concepção de *weak-form review*¹². Isso porque no *strong-form review* a atuação do juiz é solipsista, ele atua definindo regras a serem cumpridas, decidindo conforme o modelo tradicional de processo¹³, enquanto no *weak-form review* há a busca pelo caráter dialógico, reconhecendo-se um papel intermediador do juiz frente à conjugação dos diversos interesses que serão apresentados no processo (TUSHNET, 2012).

Como desdobramento do *weak-form review* há o experimentalismo democrático, trabalhado por Charles Sabel e William Simon (2004).

A concepção experimentalista é sustentada pelos juristas norte-americanos Charles Sabel e William Simon e combina regras mais flexíveis e provisórias, com procedimentos de permanente participação dos interessados, diálogo e transparência. Os objetivos gerais e critérios avaliativos são fixados de forma dialógica, cabendo às partes escolher o melhor caminho para atingi-los. Há, portanto, uma revisão cons-

¹² “Landau describes as a structural injunction something that I would describe as a weak-form remedy. [...] The judicial audience might take Landau’s argument as the basis for concluding that the judges ought to skip the weak-form stage and move directly to the structural injunction. Doing so, though, might lose some of the buy-in and learning advantages of weak-form remedies that I have described. And, notably, my previous discussions of weak-form remedies have not ruled out in principle the possibility that weak-form remedies might sometimes be a way station to stronger ones. To that extent, the distinction between weak-form and structural injunctions becomes even thinner.” (TUSHNET, 2012, p. 164)

¹³ “O comando e controle aproxima-se daquilo que se compreende por ‘strong form-review’, no qual o Poder Judiciário dá a última palavra sobre as omissões estatais, através de uma atuação que, não raramente, levanta profundos questionamentos acerca de uma possível violação da separação de poderes e da prolatação de medidas ineficazes.” (NÓBREGA; FRANÇA, 2022, p. 102)

tante do planejamento, sendo relegado a plano secundário uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário. (NÓBREGA; FRANÇA, 2022, p. 102)

Sabel e Simon, ao discorrer sobre o *public law litigation*¹⁴, partem da compreensão de Abram Chayes (1976), na obra *The role of the judge in public law litigation*, na qual o autor apresenta vantagens institucionais em discutir questões envolvendo interesses públicos no Judiciário. Entre as vantagens alegadas por Chayes (1976) estão: (1) a ideia de que a tradição profissional do juiz o isolaria de pressões políticas; (2) possibilidade de adaptação das decisões para situações específicas, flexibilizando-as conforme as necessidades do caso em concreto; (3) elevada possibilidade de participação de representantes dos afetados pela decisão judicial; (4) as informações não seriam filtradas por estruturas rígidas e burocráticas, o juiz poderia ser bem informado pelas partes e também por meio de especialistas judiciais; (5) o processo judicial seria um mecanismo eficaz para tratar de situações específicas e para responder às queixas ligadas às políticas públicas; (6) o Judiciário não seria tão burocrático, não haveria uma hierarquia rígida com muito funcionário, mas sim uma força-tarefa pequena e representativa.

Observa-se que a visão de Abram Chayes sobre a atuação dos juízes e das cortes era muito positiva, sugerindo uma forte maximização da intervenção do Judiciário sem um controle social à altura (1976, *apud* SABEL; SIMON, 2004), o que foi criticado por Sabel e Simon.

Chayes argued that the new litigation enriched the institutional repertory of our democracy. In his view, the independence, flexibility, and accessibility of the courts equipped them for the task of holding chronically underperforming institutions accountable to governing

¹⁴ Ao utilizar esse termo os autores estão se referindo a um novo tipo de processo tratado por Abram Chayes em 1976: “In 1976 Abram Chayes argued that efforts to apply rule-of-law principles to the institutions of the modern welfare state had produced a new kind of litigation. The ‘traditional’ lawsuit involved two private parties and focused on allegations of a discrete past wrong implying a particular remedy, most often a one-time money payment from the defendant to the plaintiff. Chayes showed that an important category of civil rights litigation departed radically from this model. These ‘public law’ cases involved amorphous, sprawling party structures; allegations broadly implicating the operations of large public institutions such as school systems, prisons, mental health facilities, police departments, and public housing authorities; and remedies requiring long term restructuring and monitoring of these institutions” (SABEL; SIMON, 2004, p. 1016 e 1017).

legal standards. Public law courts were less susceptible to capture by selfish interests and better able to induce fruitful discussion among the relevant parties than the administrative agencies that might otherwise have oversight responsibility. (SABEL; SIMON, 2004, 1017)

Sabel e Simon apontam que a intervenção judicial, conforme proposta de Chayes, pode ser considerada ilegítima por violar a separação de poderes (2004, p. 1017). Nesse sentido, os autores se preocupam em limitar a discricionariedade judicial e preservar a confiança nos tribunais, além de realizar a *accountability* entre titulares de direitos e os seus representantes, sem desfazer da utilização do *public law litigation* (SABEL; SIMON, 2004, p. 1018).

Diante desse panorama, eles propõem a seguinte divisão das intervenções judiciais em políticas públicas: (1) comando e controle; (2) experimentalismo. No comando e controle há a fixação de regras específicas por uma determinada autoridade, enquanto no experimentalismo há a combinação flexível e provisória de normas com procedimentos decorrentes da participação contínua dos interessados, subordinadas a formas de *accountability* (SABEL; SIMON, 2004, p. 1019).

O experimentalismo, portanto, parece extremamente adequado aos processos estruturais e aproximam-se da *weak form-review*, enquanto o comando e controle aproxima-se da *strong form-review* e parece inadequado para a dinâmica proposta nos processos estruturais, vez que muito mais próximos do comportamento que o juiz deve adotar no modelo tradicional de processo. Os autores caracterizam o experimentalismo com base em três elementos: (1) negociação; (2) regras rotativas; (3) transparência (SABEL; SIMON, 2004).

A negociação consiste na oportunidade de as partes articularem um plano para enfrentamento do problema estrutural, sendo ideal que outros interessados e grupos atingidos pelo problema também possam participar dessa etapa, ainda que não estejam em um dos polos do processo. É salutar o uso de diversos mecanismos potencializadores da participação dos envolvidos, como consulta *online*, audiências públicas, *special masters*, representantes de grupos, formação de salas temáticas, produção de relatórios por órgãos especializados. O processo de negociação deve ser entendido como um espaço para conjugação de diversos interesses, em uma produção argumentativa democrática e de convencimento mútuo, devendo ser encontradas alternativas

entre os próprios envolvidos, cabendo ao juiz ou ao tribunal supervisionar balanceando as forças, de modo a evitar desigualdades ou até mesmo sujeição de grupo(s) em favor de outro(s) (SABEL; SIMON, 2004).

As regras rotativas dizem respeito ao caráter prospectivo do método experimentalista, que é passível de alteração na medida em que as reavaliações e revisões do plano são realizadas, sendo fundamental a continuidade da participação dos interessados, principalmente porque é ela que vai ser capaz de contribuir para a análise da efetividade das medidas estruturantes, bem como indicar os caminhos necessários para que esta, caso não verificada, possa acontecer (SABEL; SIMON, 2004). Essa característica também é presente nos processos estruturais, uma vez que o provimento jurisdicional não será fechado e voltado ao passado, mas sim aberto, fruto dos diversos elementos trazidos ao conhecimento do julgador¹⁵ (VITORELLI, 2024).

Por fim, a transparência consiste no estabelecimento de medidas que explicitem e publicizem o procedimento deliberativo. É um elemento necessário para aplicação da *accountability* e deve propiciar a aferição dos resultados (SABEL; SIMON, 2004). Edilson Vitorelli cita como exemplos possíveis para promoção da transparência nos processos coletivos publicações em *sites*, transmissão ao vivo de reuniões, envio de mensagem de texto e áudio para as pessoas impactadas, elaboração de registro das tratativas e descrição dos parâmetros utilizados para estabelecimento das disposições consideradas adequadas, possibilidade de impugnação ao texto final, apresentação de razões para o afastamento das objeções porventura levadas (VITORELLI, 2024, p. 180 e 181).

Nota-se que o experimentalismo é antes de tudo um método, de maneira que não apresenta respostas para o enfrentamento dos processos que envolvem direitos públicos, mas sim um caminho. Essa perspectiva aberta, de construção, coaduna-se com a proposta da Constituição da República Federativa de 1988 e representa um esforço de transposição da caixa individualista que objetiva respostas concisas, fechadas, na lógica do “tudo” ou “nada”.

¹⁵ Ao distinguir o processo estrutural do processo coletivo comum, Vitorelli aponta a “pretensão de realizar a tutela jurisdicional por intermédio da implementação, progressiva e paulatina, de diversas medidas de reestruturação do comportamento institucional, para o futuro (processo-programa)” (2024, p. 81).

Diante do exposto, o experimentalismo democrático, derivado do *weak-form review*, parece ser uma alternativa que praticamente se confunde com o que a doutrina tem entendido como processos estruturais, apresentando-se como uma nova racionalidade que pode contribuir para, se não pensar fora da caixa, pelo menos deixá-la aberta.

5 UM CONTRADITÓRIO EXPERIMENTALISTA?

As considerações feitas pelos juristas acerca dos processos estruturais têm reiteradamente apontado para a necessidade de maximização da participação dos sujeitos por eles atingidos, dada a necessidade de um processo justificatório capaz de legitimá-los.

Nesse sentido, o contraditório acaba sendo um elemento-chave de reflexão, tendo em vista que ele se relaciona justamente com o direito de os destinatários do provimento jurisdicional se manifestarem e cooperarem para a sua construção.

Inclusive, não é raro ver associações realizadas entre a necessidade de ampliação da participação dos atingidos e o contraditório, o que demonstra a compreensão de que eles devem contribuir para construção das decisões judiciais que os afetem.

Para tanto, a colaboração das partes – e, de modo mais amplo, dos atingidos pela decisão – e sua participação na formação da(s) decisão(ões) judicial(is) são imprescindíveis. Somente com a mais completa satisfação do *contraditório* pode-se ter a mais exata dimensão do problema – e das consequências da decisão judicial – e, assim, tomar a providência mais adequada. Por isso, a adoção de audiências públicas, a permanente manutenção do diálogo entre os interessados e outras medidas de participação no processo devem ser práticas estimuladas no campo da tutela coletiva. (ARENHART, 2013, p. 6, grifo nosso)

A importância de recorrer ao contraditório, cuja historicidade está entrelaçada à própria ideia de devido processo legal, é a fundamentalidade de não rejeitar um arcabouço normativo que delimite os deveres mínimos a

serem observados nos processos estruturais. Pois, além de a participação ser desejável, ela deve ser um direito-dever das partes.

Dessa forma, a partir dos referenciais citados *supra*, é possível compreender que o contraditório é essencial para potencializar e vincular a participação dos afetados na construção do provimento jurisdicional nos processos estruturais. Além disso, caso não haja uma reconfiguração do contraditório, corre-se o risco de esvaziamento dessa garantia, que, aplicada aos processos coletivos na roupagem dos processos estruturais, acaba sendo fadada ao esvaziamento, dada a fragilidade da representação realizada pelos órgãos legitimados *ex lege*.

Isso porque a racionalidade do ordenamento jurídico vigente foi alicerçada a partir da ideia de direito subjetivo e as transformações de sentido não foram acompanhadas da correspondente mudança no ordenamento jurídico. Essa dificuldade é fruto das próprias limitações históricas, afinal, seria desarrazoado supor que o reconhecimento de direitos de segunda e terceira dimensões viriam acompanhados de alterações abruptas no direito, inclusive porque as necessidades são encontradas na dialética entre o que é e o que se pretende.

Pensar uma nova metodologia para o direito só foi possível diante da visualização das rachaduras deixadas pelo modelo tradicional de processo, sendo compreensível que até outrora não eram empregados esforços para encontrar alternativas jurídicas capazes de reorganizar instituições públicas ou privadas violadoras de direitos fundamentais, pois o próprio problema estrutural só passa a existir após a ampliação dos direitos humanos e fundamentais.

Na medida em que a realidade impõe as suas necessidades, o quadro precisa ser redesenhado e é aqui que reside a urgência de pensar uma nova leitura dos institutos processuais. Importa dizer que, desde o surgimento dos processos coletivos, reconhece-se que os institutos deveriam ser alterados: “Qualquer que seja a resolução da atual controvérsia sobre as ações coletivas, acho improvável que elas sejam sempre ensinadas a se comportar de acordo com os preceitos do modelo tradicional de julgamento” (CHAYES, 1976, p. 1291).

Assim, importa reconfigurar o instituto para que ele vá além das partes, pois só em um esforço de liberdade, frente ao aprisionamento do modelo

processual atual, é que será possível não apenas promover a participação dos atingidos nos processos estruturais, mas torná-la um dever a ser observado.

Com isso, não se pretende alcançar a participação direta de todos os atingidos nos processos estruturais, como se partes fossem, isso, além de inviável, sequer é desejável, pois também significaria readequar o modelo processual tradicional para uma forma a ele não destinada. Se as vontades de vários indivíduos fossem buscadas de forma individualmente consideradas, em uma espécie de somatória de interesses, não haveria nada além de utilitarismo, em uma espécie de domínio da maioria, não sendo este o objetivo, pois apenas corroboraria um modo individualista de ver e refletir o mundo.

A proposta é pensar um novo modelo epistemológico, que não esteja circunscrito ao indivíduo, mas busque, em um processo de argumentação pública, traçar linhas de entendimento que possibilitem o enfrentamento do litígio de forma dialógica e participada, não sendo viável reduzir os caminhos a: (1) participação direta ou (2) representação pelos órgãos legitimados.

Diante disso, a proposta é fazer um esforço para transpor a caixa, pensar um contraditório que não seja restrito ao direito do autor e do réu de influenciarem e não serem surpreendidos, pois as partes nos processos estruturais podem não ser capazes de trazer aos autos a realidade da vida, o que não apenas significaria ignorar os atingidos, marginalizados do processo decisório, comprometendo a própria efetividade da decisão, como também significaria um descompromisso com a logicidade que envolve a prática democrática, pois, partindo-se dos limites da linguagem, uma decisão só é justa se construída em um processo de argumentação aberto para a participação de seus destinatários.

O experimentalismo democrático é um conceito que pode ajudar a refletir um novo contraditório, um contraditório como direito de os atingidos participarem do processo de negociação, serem ouvidos para formulação das reformulações/revisões e de efetivamente terem acesso às informações envolvendo os processos estruturais.

A abertura e a ausência de pontos predefinidos, somadas à imposição de um diálogo democrático, podem ser importantes para garantia de direitos nessa nova dinâmica processual, que, caso pensada na formatação do modelo tradicional de processo, esvaziará garantias vinculadas às bases do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho objetivou refletir acerca da insuficiência do modelo tradicional de processo, de modo a demonstrar que a sua racionalidade aprisiona os processos estruturais em uma epistemologia individualista, o que compromete não apenas a operacionalidade dessa metodologia, como ameaça esvaziar direitos fundamentais vinculados ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a partir de uma democracia enquanto prática social legitimadora dos processos decisórios, conclui-se ser necessário reconfigurar o direito ao contraditório nos processos estruturais, sob pena de promover o seu esvaziamento. Ressalte-se que os processos estruturais se caracterizam pela flexibilidade do procedimento, que parte do procedimento comum, mas a ele não se limita – e nem deve se limitar.

Assim, o contraditório, previsto no art. 5º, LV, da CRFB/1988, pode e deve ser pensado para os processos estruturais. Afinal, os institutos jurídicos não são cristalizados no tempo, sendo reformulados de acordo com as condições históricas, inclusive porque delas decorrem (BAHIA; PEDRON, 2019, p. 129)¹⁶, de maneira que um diálogo com a historicidade possivelmente nos conduzirá para uma nova concepção de contraditório nos processos estruturais.

Neste contexto, a proposta aberta e dinâmica do experimentalismo democrático pode ser uma interessante alternativa para formulação do contraditório enquanto direito dos atingidos pelas decisões judiciais, um direito a participar das ações propostas pelo experimentalismo, o direito de contar com um método que flexibiliza a postura do julgador e maximiza o papel dos interessados na construção do provimento jurisdicional.

Trata-se de uma transformação na maneira de enxergar o papel do Judiciário e até mesmo o mundo, pois a busca por conhecimentos fechados, respostas bem definidas, na lógica do “tudo” ou “nada”, dão lugar a um mundo de possibilidades que vão ser articuladas não para achar uma “verdade”, um “vencedor” e um “perdedor”, mas para construção conjunta do concreto.

¹⁶ Sobre isso diz Bobbio: “[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (2004, p. 9).

Nesse sentido, sugere-se, em um esforço reflexivo para reconfigurar o contraditório enquanto processo dialógico e participado, um contraditório experimentalista democrático, afinal, acredita-se que a participação não apenas é importante, mas é um direito-dever indispensável para legitimidade dos processos decisórios.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, F. B.; SERAFIM, M. C. G. A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro: UFRJ, v. 6, n. 2, p. 643-665, maio/ago. 2020.

ARENHART, S. C. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225, 2013.

ARENHART, S. C. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F.; OSNA, G. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

CHAYES, A. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1281-1316, 1976.

BARROS, F. M. Nulidades e modelo constitucional de processo. In: DIDIER JR., F. (org.). *Teoria do processo – Panorama doutrinário mundial*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2010. p. 243-256.

BARROS, F. de M. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; MACHADO, F. D. A. (org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação: Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília/DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jun. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília/DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 17 jun. 2024.

COTA, S. P. *Do pedido e da participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais*. 2019. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito)

– Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

FAZZALARI, E. *Instituições de direito processual*. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FREITAS, H. P. *Processos pluriversais: como garantia de direitos fundamentais e direitos da natureza*. 2023. 347 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.

IHERING, R. V. *A luta pelo Direito*. 5. ed. rev. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FISS, O. As formas de justiça. In: WATANABE, K. et al. (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

FLETCHER, W. The Discretionary Constitutions: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 645, 1982.

KOSELLECK, R. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006.

MACIEL JÚNIOR, V. de P. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

NÓBREGA, F. F. B.; FRANÇA, E. P. da C. *A importância do experimentalismo democrático nos processos estruturais: uma análise da experiência argentina a partir do caso Mendonza*. *Juris Poiesis – Qualis B1*, [S.l.], v. 25, n. 37, p. 81-110, 2022. Disponível em: <https://mestradoedoutoradoestacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/jurispoiesis/article/view/10538>. Acesso em: 16 jul. 2024.

NUNES, L. S. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: NUNES, L. S.; COTA, S. P.; FARIA, A. M. D. C. *Processos estruturais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

NUNES, D. J. C. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

PANIKKAR, R. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, C. A. (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 205-238.

PICARDI, N. II principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: Cedam, n. 3, p. 673-681, jul./set. 1988.

SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1016-1101, 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/737/. Acesso em: 17 jun. 2024.

TUSHNET, M. A Response to David Landau. *Harvard International Law Journal* [Online], v. 53, 2012. Disponível em: https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf. Acesso em: 17 jun. 2024.

VITORELLI, E. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2024.

WOLKMER, A. C. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos. *Revista Jurídica Unicuriba*, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013. Disponível em: <http://revista.unicuriba.edu.br/index.php/RevJur/arcle/view/593/454>. Acesso em: 17 jul. 2024.

Submissão em: 05.04.2025

(Avaliador A) Avaliado em: 17.09.2025

(Avaliador B) Avaliado em: 23.10.2025

Aceito em: 23.10.2025