



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**THAIS SENA GOMES LAMARCA**

**LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS  
PÚBLICAS MEDIANTE PROCESSOS ESTRUTURAIIS:  
*STANDARDS* A PARTIR DOS GRAUS DE VINCULAÇÃO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À JURIDICIDADE**

Salvador  
2023

**THAIS SENA GOMES LAMARCA**

**LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS  
PÚBLICAS MEDIANTE PROCESSOS ESTRUTURAIS:  
*STANDARDS* A PARTIR DOS GRAUS DE VINCULAÇÃO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À JURIDICIDADE**

Monografia apresentada ao curso de graduação em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. M.e. Matheus Souza Galdino

Salvador  
2023

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**THAIS SENA GOMES LAMARCA**

**LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS  
PÚBLICAS MEDIANTE PROCESSOS ESTRUTURAIS:  
STANDARDS A PARTIR DOS GRAUS DE VINCULAÇÃO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À JURIDICIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,  
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2023.

## AGRADECIMENTOS

Sempre fui alguém que valoriza demasiadamente o encerramento de ciclos. Dentro dessa lógica, esse trabalho de conclusão de curso teve um sentido muito maior para mim. Eu queria que ele fosse perfeito, verdadeiramente à altura do encerramento de uma das etapas mais importantes da minha vida, da realização de um sonho: a graduação em Direito. Mas, essa não é a monografia perfeita, e ainda bem!

Todo o processo de construção dela foi uma verdadeira catarse para mim. Foram incontáveis as dificuldades, as lágrimas derramadas, as frustrações, os momentos em que pensei que não conseguiria finalizar. Mas, ao mesmo tempo, toda a trajetória foi um verdadeiro mergulho em mim mesma, tendo propiciado reflexões e aprendizados indispensáveis para a minha vida e a minha carreira profissional. Assim, olhando agora, esse trabalho e toda a construção dele são um verdadeiro retrato do que a graduação foi para mim: imperfeito(a), desafiador(a), sinuoso(a), idealizador(a), gratificante e transformador(a). E não teria como ter sido diferente.

Agradeço imensamente a Deus por ter me guiado a todo tempo e ter me fortalecido nos momentos mais sombrios para que eu pudesse entregar o meu melhor nessa monografia.

Agradeço a minha mãe pelo amor incondicional, por acreditar muito mais em mim do que eu mesma sou capaz de acreditar e por ter investido sua própria vida na minha. Agradeço a minha avó pelo imensurável amor, cuidado e doação, os quais foram ponte imprescindível para que eu pudesse entregar essa monografia e são fortaleza para mim todos os dias da vida.

Agradeço a toda a minha família, em especial minha falecida bisavó, Vó Uis, por ter me ensinado a fazer tudo com amor e resiliência, meus tios Toninho e Wiltinho, grandes exemplos para mim, minha dinda, dindo e tias pela torcida constante, e minha prima/irmã Nathalia por ser farol e fortaleza na minha vida.

Agradeço ao meu orientador Matheus Galdino, profissional que tanto admiro, pela orientação tão atenciosa, dedicada e humana. Grata por todo cuidado, humildade e disponibilidade em auxiliar toda a construção do trabalho, transmitindo conhecimento, da forma mais leve e simples possível, além de força nos momentos mais difíceis. Esse agradecimento se estende a todos os professores que tocaram a minha trajetória ao longo da graduação e que contribuíram imensamente para esse trabalho e para a construção da profissional que estou me tornando.

Meus mais sinceros agradecimentos a minha amiga e parceira inigualável, Giovanna, que é parte tão importante nessa monografia, em toda a graduação e, principalmente, na minha vida. Sem ela, de fato, a trajetória teria sido infinitamente mais extensa, difícil e dolorosa, na verdade quase impossível de ser finalizada. Eternamente grata a Deus por ter colocado no meu caminho, em um momento tão crucial, alguém que foi a todo momento, e é: amor, colo, suporte, parceria, cuidado, escuta, luz e direção.

## RESUMO

Os processos estruturais têm sua origem no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, ocorrido nos Estados Unidos, em 1954, no qual o sistema de educação pública que institucionalizou a segregação racial nas escolas norte-americanas foi impugnado judicialmente e declarado inconstitucional pela Suprema Corte. A partir desse emblemático caso, evidenciou-se a inadequação do modelo processual tradicional – limitado ao exame de hipótese e consequência – para a solução de problemas essencialmente complexos, multipolares e coletivos, de forma que os processos estruturais se desenvolvem como um novo modelo processual, mais flexível e consensual, que busca não apenas declarar direitos, mas efetivamente concretizá-los. Ocorre que, à luz da teoria clássica da separação dos poderes, questionam-se as possibilidades de interferência do Judiciário na implementação de políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais, notadamente no âmbito dos processos estruturais, relacionados ainda a um ativismo judicial. Tendo em vista que compete essencialmente ao Executivo a função de administrar a coisa pública com vistas à concretização do direito, discute-se o adequado controle judicial da atuação da administração pública omissa e/ou ineficaz, bem como aponta-se a necessidade de definição de limites a esse controle, na medida em que, em pese a compreensão de que a atuação administrativa, inadequada ou insuficiente à execução do direito, de fato deve ser controlada pelos demais poderes e pela sociedade, há de se destacar que este controle não pode ser irrestrito.

**Palavras-chave:** controle; políticas públicas; processos estruturais; Judiciário; Administração Pública.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	7
<b>2 DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS</b>	11
2.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO COMO RESPOSTA AO PROBLEMA ESTRUTURAL	11
2.1.1 Origem dos processos estruturais	11
2.1.2 Problemas estruturais	13
2.1.3 Inadequação dos processos tradicionais	15
2.2 CONCEITUAÇÃO E ELEMENTOS DEFINIDORES DO PROCESSO ESTRUTURAL	16
2.2.1 Compreensão geral sobre os processos estruturais	16
2.2.2 Aspectos procedimentais dos processos estruturais	19
2.2.3 Intervenção do Judiciário mediante processos estruturais	23
<b>3 CONTROLE JUDICIAL DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b>	25
3.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	25
3.2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO SOCIAL	28
3.3 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	30
3.3.1 Controle interno da Administração Pública	31
3.3.2 Controle legislativo da Administração Pública	33
3.3.3 Controle popular da Administração Pública	34
3.4 CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	35
3.4.1 Atos Discricionários	39
3.4.2 Atos Vinculados	41
3.4.3 Teoria dos graus de vinculação da administração à juridicidade	43
<b>4 LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS MEDIANTE PROCESSOS ESTRUTURAIS: <i>STANDARDS</i> A PARTIR DOS GRAUS DE VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À JURIDICIDADE</b>	46
4.1 CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS	46
4.2 CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS MEDIANTE PROCESSOS ESTRUTURAIS	50
4.3 LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS MEDIANTE PROCESSOS ESTRUTURAIS: PROPOSTA A PARTIR DE <i>STANDARDS</i>	51

4.3.1 Grau de objetividade da norma .....	52
4.3.2 Grau de tecnicidade da matéria decidida por órgãos especializados .....	53
4.3.3 Grau de politicidade da matéria decidida por agente eleito e legitimado .....	54
4.3.4 Grau de efetiva participação social, seja direta ou indireta, no processo de deliberação que resultou na decisão .....	56
4.3.5 Grau de restrição imposto a direitos fundamentais .....	57
4.3.6 Concorrência de <i>standards</i> .....	57
5 CONCLUSÃO .....	60
REFERÊNCIAS .....	64

## 1 INTRODUÇÃO

É quase unânime na doutrina a compreensão de que o principal marco a que se atribui a origem dos processos estruturais é o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, ocorrido nos Estados Unidos, em 1954, no qual o sistema de educação pública que institucionalizou a segregação racial nas escolas norte-americanas foi impugnado judicialmente e declarado inconstitucional pela Suprema Corte. Com isso, surgiu então o cerne da problemática: como garantir – na prática – a dessegregação racial nas escolas públicas e, assim, a urgente conformação do sistema educacional à Constituição?

A partir do entendimento de que a divisão racial nas escolas norte-americanas estaria em desacordo com os preceitos constitucionais, passou-se a questionar a efetivação da decisão da Suprema Corte e o papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, haja vista que a mera declaração de inconstitucionalidade não seria suficiente para efetivamente alterar a realidade social que se apresentava.

O caso é considerado emblemático, porque a referida decisão judicial, chamada *Brown II*, não findou a prestação jurisdicional, limitando-se a apenas declarar inconstitucional o sistema escolar dual baseado na cor da pele, mas de fato atuou para erradicá-lo, através da determinação de um conjunto de medidas concretas a serem gradualmente cumpridas, se estabelecendo, portanto, uma verdadeira reforma estrutural das instituições educacionais, a partir da implementação de políticas públicas.

Após o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, evidenciou-se a inadequação do modelo processual tradicional – limitado ao exame de hipótese e consequência - para a solução de problemas essencialmente complexos, multipolares e coletivos. Com isso, os processos estruturais se desenvolvem como um novo modelo processual, mais flexível e consensual, que busca não apenas declarar direitos, mas efetivamente concretizá-los.

Concebidos em um contexto que o Judiciário norte-americano se engajou em reconstruir a realidade social, a partir de decisões judiciais que buscavam efetivar valores constitucionais, os processos estruturais ainda são muito associados ao ativismo judicial por parte da doutrina, gerando discussões quanto a uma possível violação ao princípio da separação dos poderes e a divisão funcional que estabelece competências típicas e atípicas a cada Poder.

Destarte, à luz da teoria clássica da separação dos poderes, questionam-se as possibilidades de interferência do Judiciário na implementação de políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais, notadamente no âmbito dos processos estruturais, em razão de que compete essencialmente ao Executivo a função de administrar a coisa pública com vistas



à concretização do direito, de forma que não cabe ao Judiciário suprimir a atuação do Executivo, sob pena de ferir a independência e a harmonia entre os poderes.

Nessa toada, a discussão aponta para a problemática de definir limites ao controle judicial sobre os atos e omissões da Administração Pública, na medida em que, em pese a compreensão de que a atuação administrativa, inadequada ou insuficiente à execução do direito, de fato deve ser controlada pelos demais poderes e pela sociedade, há de se destacar que este controle não pode ser irrestrito.

Assim, o estudo se debruçará pela análise de parâmetros para o adequado controle judicial sobre políticas públicas em processos estruturais, perpassando pelo questionamento quanto à liberdade do gestor público na tomada de decisões e sua relação com a dicotomia atos vinculados *versus* atos discricionários, ou seja, na distinção dos atos administrativos em mais ou menos vinculados aos princípios e regras do ordenamento jurídico.

Destarte, o presente trabalho se fundamenta no questionamento: sabendo que a atuação da Administração Pública se encontra vinculada à juridicidade em graus, quais são os limites do controle judicial sobre políticas públicas mediante processos estruturais?

A fim de uma satisfativa análise sobre o referido dilema e a posterior definição de uma resposta adequada a este, se utilizará o método dedutivo, de forma que, a partir de todo o arcabouço teórico coletado e discutido, serão deduzidas e testadas hipóteses para o contexto específico da temática – a definição de parâmetros para limitar o controle judicial sobre políticas públicas mediante processos estruturais.

Para tanto, será realizada pesquisa bibliográfica, tendo em vista que as discussões propostas possuem raízes fundamentalmente teóricas, estando a abordagem do tema fundamentada predominantemente em doutrina, legislação e jurisprudência. Outrossim, será utilizada a pesquisa qualitativa, a partir da qual os fundamentos teóricos serão descritos e serão objeto de análise, explicação e compreensão, objetivando chegar a uma interpretação acerca dos fenômenos do tema.

Impende mencionar que, para o alcance de solução à problemática do presente estudo, será necessária a compreensão de determinados conhecimentos doutrinários relacionados aos processos estruturais, à implementação de políticas públicas, à teoria da separação dos poderes, aos tipos de controle da Administração Pública – em especial no tocante ao controle judicial, à diferenciação dos atos administrativos em vinculados e discricionários e à teoria dos graus de vinculação à juridicidade.

A *priori*, a opção por um mergulho na problemática em foco, se justifica na busca por melhor compreender o ainda pouco explorado tema dos processos estruturais, que, apesar de

não encontrar previsão específica no ordenamento jurídico brasileiro, têm se desenvolvido doutrinariamente como uma resposta adequada aos problemas estruturais, bem como progressivamente inseridos na jurisprudência pátria.

Mais precisamente, a relevância jurídica desse estudo está na tentativa de contribuir não apenas na compreensão do impacto dos processos estruturais na discussão muito perquirida quanto ao controle judicial da Administração Pública - notadamente no contexto das políticas públicas, mas também de contribuir na busca por definir parâmetros para esse controle, de forma que o presente trabalho toca em temas que são objeto de profundos debates, tais como a teoria da separação dos poderes e a necessidade de um novo olhar sobre ela.

Para além disso, a contribuição social desse estudo é latente, haja vista que se pretende analisar os processos estruturais enquanto ferramenta apta a reestruturar um estado de coisas deficitário, a exemplo de um sistema educacional, o que impacta diretamente no acesso aos direitos fundamentais pela população. De igual modo, discutir sobre o controle judicial de políticas públicas é pensar como o Estado deve garantir que estas sejam adequadamente implementadas na sociedade, de forma que o objetivo está centralizado, em última análise, em assegurar que os cidadãos tenham seus direitos básicos efetivados.

A presente pesquisa foi dividida em cinco capítulos, dos quais três foram destinados a desenvolver o estudo de forma pormenorizada.

O primeiro capítulo de desenvolvimento se fundamenta na pretensão de compreender o que são os processos estruturais, como começaram a ser desenvolvidos enquanto resposta aos problemas estruturais e diante da inadequação dos institutos processuais tradicionais, entendendo seus objetivos, seu conceito, os elementos e características típicas que os identifica, notadamente no tocante ao procedimento sobre o qual são estabelecidos e o que os distingue dos processos marcados pela bipolaridade.

No segundo capítulo de desenvolvimento o objetivo foi analisar o controle judicial da Administração Pública, a partir do estudo acerca de seus fundamentos. A priori, discutiu-se o princípio da separação dos poderes, as competências típicas e atípicas de cada Poder e a necessidade do estabelecimento de controle recíproco para correção de eventuais distorções na atuação estatal. Por conseguinte, partiu-se para a compreensão dos diferentes tipos de controle da Administração Pública, dando enfoque no controle exercido pelo Judiciário sobre os atos administrativos, estes posteriormente analisados à luz da diferenciação entre atos vinculados e atos discricionários, bem como da teoria dos graus de vinculação à juridicidade.

Ademais, o terceiro e último capítulo de desenvolvimento chegou até a problemática central do trabalho através da reunião dos elementos anteriormente analisados. Com isso,

examinou-se o controle judicial de políticas públicas no contexto de problemas estruturais e, então, o desenvolvimento dos processos estruturais como procedimento mais adequado para a solução deste tipo de problema.

Por fim, analisou-se o grau de amplitude da controlabilidade judicial, a partir do critério jurídico-funcional criado por Gustavo Binbenbojm, o qual permitiu a definição de *standards* para o adequado exercício do controle judicial de políticas públicas com o respeito aos devidos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Assim, finalmente foi possível estabelecer uma resposta ao dilema proposto pelo presente estudo.

## 2 DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

A partir da compreensão de que certos litígios levados ao Poder Judiciário não são essencialmente solucionados a partir do modelo processual tradicional, marcado pela bipolaridade, surge então a necessidade de se adequar o procedimento a fim de se alcançar o fim último da prestação jurisdicional em face de um problema estrutural.

Para bem compreender o que são os chamados processos estruturais, faz-se mister abordar o contexto em que foram criados e como evoluíram seus elementos definidores, chamando a atenção para o estabelecimento de um novo procedimento, mais específico e mais adequado a solução de problemas estruturais, bem como para a discussão acerca da intervenção do Judiciário a partir dos processos estruturais.

### 2.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO COMO RESPOSTA AO PROBLEMA ESTRUTURAL

Em um contexto histórico e social marcado por instituições públicas distantes do ideal constitucional de tutela dos direitos fundamentais, os processos estruturais surgem como respostas a desestruturação de sistemas, tais como o educacional e o carcerário. Com o fim de conformar as instituições públicas com os ideais constitucionais vigentes, os processos estruturais se originam como um modelo processual mais adequado ao alcance de fins mais complexos: a solução de problemas estruturais.

#### 2.1.1 Origem dos processos estruturais

O principal marco a que se atribui o surgimento dos processos estruturais é o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, de 1954, nos Estados Unidos, no qual a admissão de estudantes em escolas públicas norte-americanas, que se dava por um sistema de segregação racial, foi considerada inconstitucional pela Suprema Corte norte-americana, de forma que esta entendeu que o sistema público de educação necessitava de um profundo processo de mudança em sua estrutura (Didier Júnior; Zaneti Júnior; Oliveira, 2020, p. 103).

O contexto social em que está inserida a decisão que declarou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas norte-americanas é marcado por conflitos raciais, bem como por manifestações em favor, e violentamente contra, à igualdade, com movimentos pelos direitos civis, entre 1954 e 1968, nos Estados Unidos, os quais geraram, inclusive, efeitos no âmbito jurídico com o *Civil Rights Movement* (Violin, 2021, p. 637).

A decisão da Suprema Corte foi sucinta, afirmando apenas que a segregação racial é ilegal, sem maiores detalhamentos. No tocante a determinação do que fazer para solucionar o problema que se apresentava, a Corte se omitiu com a justificativa da grande variedade de condições locais e da complexidade de solução, transferindo, assim, a responsabilidade aos juízos de origem, a fim de que estes adotassem as providências adequadas que garantissem, com urgência, que as partes ingressassem em escolas públicas não segregadas com base em raça (Vitorelli, 2020, p. 70).

Destarte, sem parâmetro concreto por parte da Suprema Corte, começaram a ser criadas, pelos juízes locais, formas de se efetivar a decisão que pretenderam mitigar a segregação racial nas escolas públicas norte-americanas, estabelecendo-se, portanto, ordens judiciais com obrigações de fazer ou não fazer, chamadas *injunctions*, as quais foram determinantes para a conformação comportamental, frente à forte resistência em algumas localidades (Vitorelli, 2020, p. 71).

Jordão Violin (2021, p. 637-638) chama a atenção de que não seria suficiente a decisão da Suprema Corte norte-americana, se limitada à mera declaração de inconstitucionalidade, pois, com o fito de verdadeiramente se erradicar o sistema escolar dual baseado na cor da pele, era necessário se determinar um conjunto de medidas concretas e diferidas no tempo, ou seja, uma reforma estrutural. Sendo assim, o objetivo era mais profundo: alterar o *status quo* – marcado pela segregação racial nas escolas – para conformá-lo à Constituição, a qual previa a igualdade.

Por conseguinte, o que se sucedeu foi o estabelecimento de várias reformas estruturais nas instituições burocráticas nos Estados Unidos, a partir de decisões judiciais que buscavam efetivar valores constitucionais, criando, assim, o que se denominou *structural reform*, que deriva do pensamento de Owen Fiss (Didier Júnior; Zaneti Júnior; Oliveira, 2020, p. 103).

*Brown II*, como ficou conhecida a decisão judicial que deu início a dessegregação das escolas, foi a precursora de outras inúmeras ações pautadas em litígios estruturais, em especial entre 1950 e 1960, quando o Judiciário norte-americano se engajou em reconstruir a realidade social (Violin, 2021, p. 638).

Por conseguinte, Jordão Violin (2021, p. 638-641) destaca a existência de outro caso emblemático, que marcou uma nova onda de ações estruturais similares, entre 1969 e 1982, o chamado *Holt v. Sarver*, um conjunto formado por seis causas, em que se impugnou judicialmente a constitucionalidade do sistema prisional de todo o Estado do Arkansas. Consoante o autor, o objetivo da impugnação não se ateve apenas a declarações pontuais – proibir determinada prática ou requerer uma indenização, a fim de reparar fatos passados, mas

sim de se efetivar uma reforma completa no sistema penitenciário do Arkansas, focando, portanto, no futuro.

O caso *Holt v. Sarver* tem profunda relevância no contexto de desenvolvimento dos processos estruturais, na medida em que se reputou essencial, para a declaração de inconstitucionalidade do sistema penitenciário do Estado, que os diversos aspectos da vida prisional no Arkansas fossem considerados em conjunto. A ausência de programas de ressocialização, o confinamento em barracões, as condições degradantes da unidade de isolamento, dentre outras, são condições e práticas do complexo carcerário que não poderiam ser fracionadas em ações judiciais distintas para correção de uma prática ou outra, haja vista que coexistiam e afetavam-se mutuamente, sendo assim concluiu-se pela necessidade de uma reforma estrutural (Violin, 2021, p. 654-655).

Nesse sentido, é possível traçar um paralelo entre esses dois casos – *Brown II* e *Holt v. Sarver*. Estes se assemelham, pois ambos surgiram de um problema estrutural, o caso *Brown II* é fruto do estabelecimento de um sistema de segregação racial nas escolas públicas norte-americanas, enquanto o caso *Holt v. Sarver* surge da existência de um sistema prisional degradante em Arkansas.

Diante disso, surge, então, a necessidade de reorganização desses sistemas, mas se evidencia uma patente inadequação do modelo dos processos tradicionais para o alcance desse fim complexo, se fazendo mister um novo modelo processual, mais flexível, mais programático, mais consensual, de modo que é nesse contexto que se desenvolvem os processos estruturais, os quais surgem como uma resposta aos problemas estruturais.

### **2.1.2 Problemas estruturais**

Assim como dissertam Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 104), é impossível entender o que é um processo estrutural, sem antes definir o que seria um problema estrutural, haja vista que o surgimento do primeiro deriva de uma tentativa de resposta ao segundo, este podendo ser definido por um estado de desconformidade estruturada, em outras palavras, pela existência de um estado de coisas não correspondente ao considerado ideal, não necessariamente atrelado à ilicitude, de forma que, portanto, se mostra imprescindível uma reorganização desse estado de coisas.

Sendo assim, importante analisar que os casos *Brown II* e *Holt v. Sarver*, anteriormente explicitados, chamam a atenção para esse dito estado de desconformidade estruturada, ou seja, um problema na estrutura do sistema educacional público, no caso *Brown II*, e na estrutura do

sistema carcerário, no caso *Holt v. Sarver*, necessitando, assim, de uma reorganização estruturada, a fim de se alinharem com os direitos constitucionais previstos.

Em sentido próximo, Edilson Vitorelli (2020, p. 56-57) também buscou conceituar o que seriam os litígios estruturais, os identificando como sendo litígios coletivos irradiados, que seriam litígios coletivos, por se apresentarem no contexto de uma violação que atinge subgrupos sociais diversos, bem como litígios irradiados, na medida em que o resultado do litígio afeta os interesses dos subgrupos de formas e intensidades distintas, de forma que estes visualizam soluções divergentes e até antagônicas.

Na tentativa de exemplificar um litígio coletivo irradiado, se traz à baila o litígio decorrente do desastre ambiental de Mariana, ocorrido em 2015, o qual reúne um alto grau de conflituosidade e complexidade. Isto, porque, assim como apontado pelo conceito, é possível identificar, nesse caso, a existência de uma violação que atinge subgrupos sociais diversos – mineradoras, empresas, pescadores, famílias das vítimas, população afetada diretamente e indiretamente – porém, afetados em modo e intensidade profundamente distintos, o que se traduziu em pretensões e em formas de se buscar a tutela jurisdicional igualmente divergentes pelos atingidos pela tragédia (Vitorelli, 2020, p. 38-39).

Destarte, Edilson Vitorelli (2020, p. 57-58) evidencia que o litígio estrutural envolve sempre a reestruturação de alguma instituição ou organização, sendo uma característica considerada típica pelo autor. Em que pese não seja unânime na doutrina considerar a reestruturação de alguma instituição pública um elemento definidor dos processos estruturais, a exemplo da divergência de Matheus Souza Galdino (2022, p. 268-269), é certo que essa característica se mostra presente em muitos casos.

Dentro dessa lógica, os casos *Brown II* e *Holt v. Sarver* foram marcados pela reorganização de uma instituição pública, ambos relacionados a litígios estruturais, na medida em que a mera declaração de inconstitucionalidade dos sistemas educacional público e carcerário se mostrou insuficiente, pois era preciso garantir que os jovens de fato ingressassem em escolas públicas não segregadas, assim como de garantir a dignidade dos indivíduos encarcerados. Sendo assim, revelou-se justamente a necessidade de reestruturar as referidas instituições públicas, a fim de que estas efetivamente se conformassem às previsões constitucionais.

### 2.1.3 Inadequação dos processos tradicionais

Diante do entendimento de toda complexidade que envolve o litígio estrutural, marcado por seu caráter policêntrico, com multiplicidade de interesses imbricados e violações de direito por um conjunto de práticas institucionais, a forma convencional de processo, marcada pela bipolaridade e pela prolação de decisões que focam no passado, se mostrou inadequada (Bahia; Nunes, Cota, 2019, p. 33).

Sendo assim, para a solução dos litígios estruturais, foi imprescindível se pensar em um novo modelo processual, tendo em vista que as ações coletivas se mostraram insuficientes para garantir a participação social, o conhecimento real do problema, bem como a gestão adequada do litígio (Arenhart, 2013, p. 10-11).

Alexandre Bahia, Leonardo Nunes e Samuel Cota (2019, p. 16-17) chamam a atenção para a necessidade de reconstruir e inovar os institutos do Direito Processual, tendo em vista que os instrumentos processuais tradicionais não dispõem de soluções adequadas para a complexidade de determinados litígios, tais como os estruturais.

Nessa linha, denota-se que a estrutura tradicional do processo, em certas circunstâncias, pode gerar uma decisão inadequada ao litígio, o que, conseqüentemente, se traduz na necessidade de novos padrões mais adequados de atuação judicial, tais como os processos estruturais (Arenhart, 2013, p. 2-3).

Edilson Vitorelli (2020, p. 61-62) esclarece em sua obra que é muito comum se visualizar, na prática, a tentativa de solucionar um litígio estrutural através de um processo coletivo não estrutural, ou através de diversos processos individuais. Assim, esses modelos processuais atacam as consequências, com o estabelecimento de providências pontuais que atendem apenas a interesses de algumas das pessoas afetadas pelo litígio, sem, no entanto, atacar as causas do problema e efetivamente o solucionar.

Nesse sentido, importante mencionar o caso da ausência de vagas suficientes nas creches em São Paulo, situação que gerou a propositura de milhares de ações individuais pleiteando vagas para crianças nas creches, de forma que, segundo dados da Secretaria Municipal de Educação, 13.700 mil matrículas em creches foram feitas via encaminhamento judicial, em 2015. Sendo assim, o problema estrutural não é atacado, são adotadas apenas providências pontuais – matrícula de crianças determinadas, atacando, assim, apenas parte das consequências do litígio estrutural.

Diante disso, é clarividente a inadequação da via processual tradicional para a solução efetiva de situações que envolvem um litígio estrutural, tal como o caso supracitado, em que há



o estado de desconformidade estruturada das creches. Sendo assim, surge, então, a necessidade de um processo estrutural que garanta a reestruturação destas instituições, com vistas ao alcance do estado ideal de coisas que, no caso específico das creches, se traduz na capacidade destas de ofertar vagas suficientes às crianças, de forma a atender, portanto, não apenas aos interesses de alguns indivíduos, mas sim de toda a coletividade.

## 2.2 CONCEITUAÇÃO E ELEMENTOS DEFINIDORES DO PROCESSO ESTRUTURAL

Estando sua origem muito marcada pela reestruturação de uma instituição pública como resposta a um problema estrutural com alto grau de conflituosidade e complexidade, o processo estrutural teve sua definição muito limitada a essas circunstâncias. Em contrapartida, com o desenvolvimento desse modelo processual, há uma sensível ampliação de seu espectro de atuação, surgindo, assim, outros elementos que se mostram definidores do instituto.

Dentre as características definidoras dos processos estruturais, se destaca o estabelecimento de um procedimento bifásico, flexível e consensual, a ser abordado a seguir, além de se discutir a existência ou não de um certo grau de ativismo judicial nesse modelo processual.

### 2.2.1 Compreensão geral sobre os processos estruturais

A priori, cumpre destacar que os processos estruturais surgem como uma resposta aos problemas estruturais – marcados por um estado de desconformidade estruturada, diante da inadequação dos institutos processuais tradicionais – caracterizados pela bipolaridade – para a solução destes tipos de litígios.

Entretanto, deve-se frisar que há outros elementos que também fazem parte da definição dos processos estruturais, de tal maneira que estes não podem ser reduzidos apenas a casos que envolvam problemas complexos sobre direitos fundamentais e que conduzam à mudança na estrutura de instituições ou de políticas públicas, sendo necessária uma definição mais concreta deste instituto (Didier Júnior; Zaneti Júnior; Oliveira, 2020, p. 104).

Nesse sentido, Edilson Vitorelli (2018, p. 12) destaca ainda que os processos estruturais não focam apenas em entes públicos, não sendo este um elemento essencial desses institutos, na medida em que também podem se centralizar em entes privados. Um bom exemplo disso é o caso da recuperação judicial de empresas, estabelecida em um processo estrutural, em que há

um estado de desconformidade estruturada que necessita de reestruturação, envolvendo interesses de entidade privada, além de classes diferentes de credores.

Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 107-108) elencam algumas características comuns do processo estrutural, tais como a multipolaridade, a coletividade e a complexidade, entretanto salientam que esses elementos não necessariamente estarão presentes no instituto, de modo que não devem compor o conceito de processo estrutural.

Em sua abordagem conceitual, Francisco de Barros e Silva Neto (2019, p. 76) sintetiza que os processos estruturais podem ser conceituados à luz de determinados parâmetros/características, sendo eles: a) a forte incidência de princípios constitucionais; b) a necessidade de se reestruturar uma instituição ou política pública; c) a existência de vários ciclos de decisões; d) uma maior carga de ativismo judicial.

No tocante à primeira característica apresentada pelo autor supracitado, notável é que há um paralelo entre os processos estruturais e o estabelecimento de normas-princípio. Mais especificamente, os processos estruturais estão atrelados com a previsão de uma norma-princípio, na medida em que envolvem a delimitação de aspectos relacionados aos efeitos e ao estado de coisas a ser atingido e, posteriormente, a definição das condutas necessárias para tanto (Galdino, 2022, 152-156).

Em outro giro, Matheus Souza Galdino (2022, p. 152-156) ainda distingue os processos estruturais dos não estruturais ao destacar que estes últimos estão ligados com o estabelecimento de normas-regra, por se limitarem ao exame de hipótese e consequência. Sendo assim, os processos não estruturais, possuem como objeto de discussão a comprovação da ocorrência concreta da hipótese prevista pela norma-regra, na qual será possível exigir uma consequência, de forma diversa, então, dos estruturais.

Trazendo essa distinção para prática, interessante destacar o caso *Roe v. Wade*, nos Estados Unidos, no qual a Suprema Corte decidiu considerar inconstitucional a proibição do aborto em leis estaduais. Sabe-se que esta decisão é oriunda de um processo não estrutural, estando estabelecida em uma norma-regra, ou seja, a Suprema Corte discutiu se a proibição do aborto em leis estaduais se enquadraria ou não nas hipóteses previstas pela Constituição e, após concluírem que não, imporam como consequência a mera declaração de inconstitucionalidade de todas as leis estaduais que proibissem o aborto. Sendo assim, fica claro que não há, nesse caso, uma análise de elementos diversos, nem aspectos entre fins e meios, características que seriam atribuídas a uma norma-princípio e que estariam presentes em um processo estrutural.

Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 107-108), em sua abordagem conceitual, buscaram delimitar processo estrutural também a partir de características típicas deste. Assim, os autores citaram as seguintes: (i) ter como centro da discussão uma situação de desconformidade estruturada; (ii) objetivar uma reestruturação desse estado de desconformidade, a partir de uma decisão que seja implementada de forma escalonada; (iii) instrumentalizar-se em um procedimento bifásico; (iv) fundamentar-se em um procedimento com inerente flexibilidade; (v) além de ser marcado pela consensualidade.

Nesse sentido, é possível notar que a segunda característica típica citada pelos autores acima também foi destacada pela abordagem conceitual trazida por Francisco de Barros e Silva Neto (2019, p. 76), evidenciando que o objetivo de reestruturação do estado de desconformidade através de uma decisão escalonada – ciclo de decisões, é uma marca essencial do processo estrutural.

No tocante a reestruturação, faz-se mister evidenciar a diferença conceitual entre ambos os autores, na medida em que Francisco de Barros e Silva Neto defende que uma das características típicas dos processos estruturais seria a reestruturação especificamente de uma instituição ou política pública.

Sobre isso, traz-se à baila raciocínio tipológico, evidenciado por Matheus Souza Galdino (2022, p. 266-267), no qual se apresenta um pensamento dos processos estruturais em escala gradativa, de forma que se permite uma ordenação do processo estrutural mais típico para o menos típico. Destarte, o autor elenca intratipos deste, destacando que os processos estruturais coletivos com multipolaridade são os mais típicos, podendo ser subdivididos em institucionais e não institucionais.

Assim, ao apresentar a subdivisão em institucionais e não institucionais, Matheus Souza Galdino (2022, p. 268-269) evidencia a existência de processos estruturais que estabelecem a reestruturação de uma instituição e os que envolvem uma reestruturação, mas não de uma instituição. Portanto, destaca-se que a reestruturação de um estado de coisas é uma característica típica dos processos estruturais, mas não se restringe a reorganização apenas de uma instituição ou política pública.

A fim de exemplificar essa subdivisão, cita-se, como exemplo dos institucionais, o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, já abordado anteriormente, pois neste a segregação de crianças pela cor da pele nas escolas públicas, que se traduz no modo de atuar de uma instituição, é o estado de coisas que gera a violação e precisa ser reestruturado institucionalmente. Sobre os não institucionais, cita-se a chamada Ação Civil Pública do Carvão, exemplo em que se buscou um novo estado de coisas em uma situação de fato objetiva

– recuperação do meio ambiente, e não um novo estado de coisas em uma instituição (Galdino, 2022, p. 268-269).

Para além disso, é necessário dar enfoque também à nuance de que a reestruturação está associada, como já evidenciado pelos autores citados em suas abordagens conceituais, ao estabelecimento de uma decisão escalonada, ou seja, um ciclo de decisões, que é o que permite a concretização da referida reestruturação.

Sobre isso, Edilson Vitorelli (2020, p. 60-61) também chama a atenção, explicitando que, ao contrário dos processos tradicionais em que uma decisão impõe uma conduta isolada, nos processos estruturais há decisões que estabelecem uma progressão cíclica com fases de desenvolvimento, que, segundo o autor, podem ser divididas em seis: diagnóstico da situação da estrutura; elaboração do plano; implementação do plano; avaliação dos resultados do plano; revisão do plano e implementação do plano revisto.

Destarte, o caso *Roe v. Wade* também chama a atenção para a ausência da característica típica de decisão escalonada, haja vista que a discussão desse processo não estrutural gira em torno apenas de se é constitucional ou não a proibição do aborto, de tal forma que não se apresenta um estado de desconformidade a ser reestruturado. Além disso, não há o estabelecimento de um ciclo de decisões nesse processo, o que se observa é apenas uma decisão declarando a inconstitucionalidade da proibição.

### **2.2.2 Aspectos procedimentais dos processos estruturais**

Com o fito de melhor compreender como se estabelece essa referida reestruturação através de decisão escalonada, forçoso, a priori, aprofundar um pouco no tocante a uma outra característica típica do processo estrutural, qual seja a sua instrumentalização em um procedimento bifásico, trazida por Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 107-108).

Nesse sentido, para que seja possível uma intervenção (re)estruturante, o processo estrutural se estrutura em um procedimento bifásico, marcado, portanto, por uma primeira fase em que se chega a uma decisão estrutural que estabelece uma meta a ser atingida, bem como por uma segunda fase, a qual é caracterizada pela implementação da meta definida (Didier Júnior; Braga; Oliveira, 2022, p. 827-828).

Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 109) fazem também um paralelo entre estas duas fases e a diferença entre norma-princípio e norma-regra, quando constatam que a decisão estrutural prevê uma meta a ser alcançada, a qual

é fruto de uma norma-princípio com conteúdo aberto, sendo necessário, portanto, a previsão de medidas a serem adotadas para alcançar tal meta, de forma estruturada, a partir de normas-regra.

Matheus Souza Galdino (2019b, p. 380), se afastando um pouco da abordagem conceitual, propõe o entendimento dos processos estruturais à luz de uma relação processual teleológica, marcada por uma deliberação entre meios e fins. De tal forma, o procedimento bifásico traduz essa lógica, na medida em que a primeira fase estabelece um estado fático objetivado que é tomado como fim a ser alcançado e, na segunda fase, há uma articulação de meios para o efetivo alcance deste fim.

Ademais, o autor Galdino (2019b, p. 380) ainda defende, a partir dos estudos de Georg H. Von Wright, que o fim a ser alcançado no processo estrutural, inicialmente, seria com o fito de alcançar outros fins, sendo, assim, uma espécie de “plataforma” para a efetivação dos fins últimos. É o que se extrai do entendimento do que se chama “*zweckrationalität*”, o qual aponta para uma “busca de fins como meio para fins adicionais”.

Os autores Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2022, p. 827-828) assinalam que a primeira fase do processo estrutural é marcada por uma instrução probatória que apura a existência de um problema estrutural e, sendo assim constatado, o juízo profere decisão que estabelece o estado ideal de coisas. Por conseguinte, a segunda fase se caracteriza pela identificação dos meios adequados ao alcance do fim a que se propõe o processo estrutural, estabelecido como meta na fase anterior, e, por fim, a efetiva execução das ações necessárias para sua concretização.

Sendo assim, os processos estruturais se constituem em uma progressão cíclica com fases de desenvolvimento, estando marcados por uma decisão judicial que determina um conjunto de medidas visando ajustes de comportamentos futuros. Insta constar, então, que esse mecanismo para o alcance da devida reestruturação, totalmente inverso a lógica do processo tradicional em que se impõe uma conduta isolada, é denominado pelos norte-americanos como *structural injunction* (Vitorelli, 2020, p. 60-61).

Nesse sentido, o procedimento bifásico dos processos estruturais se traduz nas “decisões em cascatas”, as quais se assemelham a trocar o pneu do carro em movimento, ou seja, já se interfere na realidade enquanto se apreende o caso, o que significa dizer que, ao mesmo tempo, e até na mesma instância, há cognição e execução (Silva Neto, 2019, p. 84-85).

Quando buscaram elencar as características típicas dos processos estruturais, Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 107-108) apontaram que, mesmo que estes processos fossem marcados pelo estabelecimento de um

procedimento bifásico, estariam também estes fundamentados em um procedimento com inerente flexibilidade.

Dentro desse raciocínio, cabe destacar que, em que pese o procedimento bifásico seja uma das peculiaridades do processo estrutural, não é ele um elemento definidor e imprescindível. Isso, porque os litígios estruturais têm tipos variados e objetos distintos em cada ação judicial, surgindo, então, a necessidade de ampliar as possibilidades de configuração do procedimento, a fim de se estabelecer o mais adequado conforme o direito que se deseja tutelar no caso concreto (Didier Júnior; Braga; Oliveira, 2022, p. 826).

Por conseguinte, a referida flexibilidade do processo estrutural não está presente apenas no estabelecimento do procedimento em que este se dará, como também na própria decisão do magistrado. Assim, os autores Dierle Nunes *et al.* (2019, p. 381-382) chamam a atenção para a existência do modelo experimentalista de Charles Sabel e William Simon, de 2004, o qual propõe que as decisões judiciais se estabeleçam como normas mais flexíveis e provisionais, exprimindo objetivos que as partes pretendem alcançar.

Para além da flexibilidade intrínseca, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2022, p. 826) destacam também outra característica atrelada aos processos estruturais: a consensualidade, a qual se encontra atrelada a complexidade e multipolaridade que são marcas dessa espécie de litígio, de forma que há múltiplos interesses e possibilidades de solucionar o problema. Sendo assim, nesses casos, entrar em um consenso se torna ainda mais necessário, tornando-se possível, inclusive, ajustar negócios jurídicos processuais.

Assim, salienta-se a relevância das soluções consensuais, em razão da possibilidade de diálogo entre as partes, de modo a obter soluções que agradem ambas e que sejam tecnicamente factíveis. Com efeito, a legitimidade das soluções consensuais está condicionada à permeabilidade das negociações à participação dos grupos que podem ser atingidos e especialistas, a fim de que a solução realmente espelhe os anseios sociais (Arenhart, 2021, p. 1059-1060)

A respeito da possibilidade de ajuste de negócios jurídicos processuais supramencionada, faz-se mister salientar que se trata de previsão do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, *caput*, o qual dispõe que

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (Brasil, 2015, art. 90, p. 10).

Nesse sentido, o dispositivo explicita a flexibilidade intrínseca e a consensualidade, elementos típicos dos processos estruturais. Em suma, o processo decisório se torna mais aberto, mais flexível e, principalmente, menos hierarquizado, ou seja, se afasta da lógica de que o magistrado detém o poder de decisão unilateral e se aproxima da ideia de que a decisão pode ser construída com a colaboração das partes, e até de pessoas fora da lide, permitindo, assim, uma decisão mais adequada e legítima à solução do litígio (Nunes *et al.*, 2019, p. 382).

Francisco de Barros e Silva Neto (2019, p. 84-85) destaca a atribuição de poder de negociação nos autos estruturais, falando em “negociações em cascata”, em que são possíveis decisões em formatos variados, de modo que a participação na mesa de negociações depende da afetação das questões ao seu polo de interesse. O autor ainda compara com a lógica individualista do procedimento clássico, o qual atribui a alguns dos atores esse poder e aos demais intervenientes garante apenas o direito à voz.

O modelo do processo estrutural, de fato, inverte a lógica estabelecida no processo tradicional. Decerto, a participação de assistentes e de “*amici curiae*”, geralmente não é admitida no direito brasileiro na fase de cumprimento da sentença, entretanto tal participação se mostra imprescindível no contexto dos litígios estruturais, na medida em que a complexidade se torna mais acentuada conforme há a progressão do cumprimento do julgado, logo, necessitando de um maior debate (Silva Neto, 2019, p. 84-85).

Sendo assim, consoante já mencionado, alguns instrumentos processuais se mostram fundamentais, tais como o *amicus curiae* – possibilitando maior experiência técnica de especialistas na temática em questão, bem como as audiências públicas – permitindo a participação ampla dos grupos envolvidos no litígio (Arenhart, 2021, p. 1052-1053).

Nessa linha, privilegia-se uma maior flexibilidade dos processos estruturais, com a participação de especialistas e das partes, ao mesmo tempo em que também se prevê procedimentos para monitorar o desempenho da instituição atingida pela decisão e das medidas adotadas, de modo que estas podem ser revistas e adequadas, caso se mostrem insuficientes no caso concreto (Nunes *et al.*, 2019, p. 382).

Isso quer dizer que o cenário de complexidade, que naturalmente já envolve os direitos tutelados em juízo, são potencializados pelo modelo estrutural, no sentido de que a tomada de decisão não pressupõe exaurimento - nem mesmo parcial - do núcleo da sentença ou acórdão estruturante. Em resumo, há uma flexibilização da coisa julgada, de tal forma que se é possível redefinir as estratégias de implementação da decisão e, na fase de execução, há também novos pedidos, novas impugnações, nova produção de provas, etc. (Silva Neto, 2019, p. 84-85).

### 2.2.3 Intervenção do Judiciário mediante processos estruturais

Em sua abordagem conceitual, Francisco de Barros e Silva Neto (2019, p. 76) defende uma última característica típica dos processos estruturais, qual seja a sua maior carga de ativismo judicial.

Consoante tal parâmetro apresentado, é interessante mencionar que à época do caso *Brown v. Board of Education*, o surgimento das ações estruturais se deu a partir de um contexto de maior preocupação com a diminuição das violações a direitos constitucionais garantidos e de desenvolvimento de um sistema de cumprimento específico de decisões judiciais. Tal cenário conduziu a uma nova era da jurisdição naquele país, atualmente conhecida como ativismo judicial, haja vista que o Judiciário passou a atuar na criação de políticas públicas que reestruturaram os serviços públicos deficientes, tendências que influenciaram o sistema brasileiro (Pinto, 2017, p. 373).

O surgimento dos processos estruturais se deu, portanto, nesse contexto de maior ativismo judicial, marcado pela necessidade de outra mentalidade por parte do magistrado, o qual deve buscar usar a criatividade, além de adotar uma nova postura no trato das questões, com o fito de oferecer uma solução factível e razoável à sociedade (Arenhart, 2013, p. 10-11)

Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 10), salienta em seu trabalho a importância dos processos estruturais, enquanto técnica que possibilita a proteção de interesses que não conseguem ser plenamente tutelados pela via jurisdicional tradicional. Nesse contexto, o autor chama a atenção para o fato de que, em que pese não deva se traduzir em um óbice ao emprego desta técnica, é certo que os provimentos estruturais demandam instrumentos de controle da atividade jurisdicional, em razão do poder que essas ferramentas oferecem ao juiz.

Portanto, há de se concluir que os processos estruturais surgem diante de uma demanda criada pela existência de litígios estruturais, ou seja, de estados de desconformidade estruturados, por vezes traduzidos em desestruturações de instituições públicas, que denotam uma falha de atuação da Administração Pública na concretização de políticas públicas.

Diante da atuação administrativa insatisfatória, se faz necessário um controle, a exemplo do judicial nos litígios estruturais, exigindo uma maior atuação por parte do Poder Judiciário. Entretanto, essa interferência judicial é mitigada nos institutos processuais tradicionais, limitados aos litígios marcados pela bipolaridade, fazendo nascer os processos estruturais. Com isso, se possibilita uma atuação mais efetiva do magistrado no processo para o alcance da reestruturação de uma instituição até o seu estado ideal de coisas, se determinando, para tanto, a criação de políticas públicas.



Sendo assim, notadamente com o surgimento dos processos estruturais, se intensificam os debates no tocante aos limites do controle judicial sobre a atuação da Administração Pública no estabelecimento de políticas públicas, análise essa que perpassa a discussão das próprias competências dos poderes e dos graus possíveis de interferência de um poder sob o outro, fazendo-se mister uma compreensão acerca da separação dos poderes e seus desdobramentos.

### 3 CONTROLE JUDICIAL DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle da atuação da Administração Pública exercido pelo Poder Judiciário, assim como o exercido pelos demais poderes, é fruto da compreensão de que, embora as funções estatais estejam distribuídas entre os três poderes e que cada um deles detenha autonomia para exercer atividades típicas, é responsabilidade de todos os poderes a garantia do adequado funcionamento da máquina estatal.

A partir da compreensão de que não deve existir separação absoluta entre os três poderes e que estes devem atuar de modo harmônico e cooperativo para a efetivação do ordenamento jurídico pátrio, se sujeitando, portanto, a um controle mútuo, surgem discussões quanto ao limite desse controle exercido entre os poderes.

Mais especificamente, se buscará compreender as discutíveis fronteiras de interferência do Poder Judiciário sobre os atos da Administração Pública, a partir da análise da dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, que por muito tempo segregou de forma quase absoluta os atos administrativos em atos passíveis ou não de sofrerem controle judicial, mas que tem sido cada vez mais mitigada.

#### 3.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

É sabido que, em que pese o Estado seja uno, ele é estruturado por uma pluralidade de poderes, ou seja, ocorre uma fragmentação do poder estatal, de forma a impedir que as funções inerentes ao Estado sejam todas concentradas em uma única estrutura organizacional. Para tanto, usualmente, os Estados estabelecem três poderes: legislativo, judiciário e executivo, os quais são definidos pela Constituição (Justen Filho, 2015, p. 103).

A divisão tripartida do poder estatal, com formatação mais próxima da que temos atualmente, foi pensada por Montesquieu, com base em um critério funcional, de forma que as funções legislativa, administrativa e jurisdicional fossem atribuídas exclusivamente a três órgãos autônomos entre si. A origem desta teoria, na Idade Moderna, está atrelada a um contexto em que o monarca detinha os poderes absolutos do Estado, o que despertou, naquela circunstância, um profundo combate à concentração de poderes na mão de uma pessoa só (Badawi, 2014, p. 15-16).

Para além de sua finalidade precípua de limitação do poder pelo próprio poder, a separação dos poderes também busca evitar decisões estatais defeituosas ou inadequadas, a partir do ideal de que a especialização de cada um dos poderes permitiria a obtenção de soluções

mais satisfatórias, ou, ao menos, uma melhor identificação dos defeitos por cada um, o que não seria possível com a concentração dos poderes em uma autoridade só (Justen Filho, 2015, p. 104).

Por conseguinte, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, disciplinou em seu art. 16 que só haverá, efetivamente, Constituição em um Estado quando esta assegurar a garantia de direitos e determinar a separação dos poderes. Sendo assim, esta Declaração eleva como dogma constitucional o princípio da Separação de Poderes, tornando-o fundamental no combate à tirania do Estado e preservação da liberdade do indivíduo (Badawi, 2015, p. 18).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispõe já em seu artigo 2º sob a divisão dos poderes da União em Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo, chamando ainda a atenção de que estes devem ser independentes e harmônicos entre si.

Nesse sentido, a independência e a harmonia que devem existir entre os três poderes são características oriundas da própria proposta da separação de poderes, que surge com o objetivo de limitar o poder político, de forma a se produzir um sistema de freios e contrapesos, em que um poder controle o outro (Justen Filho, 2015, p. 103).

Entretanto, Marçal Justen Filho (2015, p. 105) destaca que a independência absoluta de cada poder geraria conflitos insuperáveis, dificultando, inclusive, a atuação harmônica entre os poderes, a qual seria uma das essências do princípio. Sendo assim, o que se almeja não é uma separação de funções absoluta, mas sim a autonomia relativa e a harmonia dos poderes, evitando que não haja um poder totalmente preponderante sobre os demais.

Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 279), ao defender a impossibilidade de uma separação absoluta entre os poderes, assinala que há, em verdade, uma relação de coordenação, colaboração e coparticipação entre os poderes em diversas circunstâncias, nas quais é possível observar um Poder participando da função do outro, o que coaduna exatamente com o ideal de funcionamento harmônico e de colaboração recíproca entre os poderes, desde que respeitadas a autonomia e a independência de cada um deles.

Nessa senda, sendo consolidada a diferenciação de funções estatais, em que os poderes legislativo, executivo e judiciário são diferenciados segundo sua natureza, atributos ou efeitos, surge o equívoco de se pensar que é possível uma separação absoluta de funções entres estes. No entanto, o que se visualiza, na prática, é que nenhum dos poderes é titular exclusivo de cada uma das funções, mas sim que cada poder é investido de uma função principal, a qual exercita preponderantemente, desempenhando acessoriamente outras funções (Justen Filho, 2015, p. 105).

Destarte, pode-se dizer que existem funções típicas e atípicas de cada poder. No tocante ao Poder Legislativo, são consideradas funções típicas deste poder: legislar - elaborar normas jurídicas – e fiscalizar a Administração Pública no âmbito político-administrativo e financeiro-orçamentário (Moraes, 2011, p. 439). Além de também exercer as funções atípicas de julgar, quando o faz em relação ao Presidente da República, através do *impeachment*, bem como a função de administrar, quando administra seus próprios órgãos (Cunha Júnior, 2012, p. 278).

No tocante ao Poder Judiciário, é considerado o guardião da Constituição, tendo como função típica a de julgar, através da aplicação da norma ao caso concreto objeto de sua provocação, de forma a impor coativamente, quando necessário, a validade do ordenamento jurídico (Moraes, 2011, p. 522-523). Entretanto, poderá exercer funções atípicas como a de legislar, quando da elaboração de seu regimento interno, por exemplo, além da de administrar, quando o faz em relação aos seus próprios órgãos (Cunha Júnior, 2012, p. 279).

Já o Poder Executivo tem como função precípua administrar a coisa pública, praticando atos de chefia de estado, de governo e de administração, o que não o impede de exercer funções atípicas como legislar, através de medidas provisórias, e julgar, a partir do contencioso administrativo (Moraes, 2011, p. 487-488).

A função administrativa é desempenhada pelos diversos poderes, mas preponderantemente ao Poder Executivo, compreendendo a competência de promover a satisfação de interesses essenciais, constitucionalmente eleitos, relacionados com a promoção dos direitos fundamentais, os quais devem ser realizados de forma imperiosa, destinando, assim, à função administrativa um conjunto de atribuições que devem ser obrigatoriamente exercidas, sendo vedada a omissão (Justen Filho, 2015, p. 110-111).

Ao definir a função administrativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 207) aponta três características essenciais. A autora então caracteriza a função administrativa como parcial, na medida em que o órgão que a exerce é parte nas relações jurídicas que decide, além de ser concreta, por aplicar a lei aos casos concretos, bem como subordinada, por observar a lei e estar sujeita ao controle jurisdicional.

Fala-se, ainda, que a função típica do Executivo compreende não só a função administrativa, enquanto busca pelo atendimento das necessidades da população – física, econômica, social, moral e intelectual, como também compreende a atividade política, no tocante à direção-geral do Estado e à proposição e execução de políticas públicas (Badawi, 2015, p. 72).

Miguel Seabra Fagundes (1957, p. 17), em sua clássica obra, definiu resumidamente a tripartição funcional da atividade estatal como sendo a função legislativa, ligada aos fenômenos

de formação do direito, ao passo que a função administrativa e a jurisdicional corresponderiam à fase de realização do direito, sendo identificadas como funções de execução. Diante disso, é possível concluir que as duas últimas funções se ligam, evidenciando-se uma interseção entre os poderes, enquanto igualmente responsáveis pelo alcance do fim último de concretização das normas constitucionais.

### 3.2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO SOCIAL

Após a consolidação da separação dos poderes como um princípio fundamental, surge um ponto de tensão conforme foi se estabelecendo o Estado moderno atual, na medida em que esse novo modelo estatal se mostrou incompatível com a aplicação do modelo clássico da separação dos poderes, pensado no século XVIII para um Estado de estrutura simples. De modo divergente, a sociedade moderna conta com necessidades extremamente complexas, exigindo do Estado atual a centralização da sua organização econômica, social e política, além de uma maior eficiência e eficácia de atuação (Badawi, 2015, p. 18-19).

Diante disso, denotam-se disfunções no equilíbrio e na harmonia entre os três poderes no Estado Moderno que, no Brasil, se evidenciam mais claramente em determinados contextos, como nos períodos mais autoritários – Era Vargas e ditadura militar, nos quais houve uma hipertrofia do Executivo, com seu crescimento e fortalecimento excessivo sobre os demais poderes. Mas, após a Constituição Federal de 1988, esse cenário se alterou, de forma que, na contemporaneidade, há uma ascensão do Judiciário, que tem assumido papel cada vez mais expressivo perante à sociedade (Reis, 2003, p. 240-242).

Trata-se do fenômeno da judicialização, entendida como uma decorrência natural do modelo constitucional brasileiro, notadamente em razão do papel central da Constituição no ordenamento jurídico, a qual impõe ao Judiciário o papel de protetor da força vinculante das normas constitucionais (Lacerda, 2012, p. 119).

Nessa senda, é possível notar um descompasso entre a teoria da separação dos poderes e a prática do Estado, gerando a necessidade de uma reformulação do sistema de tripartição clássica dos poderes. Esse descompasso está muito ligado aos desafios de se efetivar o ideal de harmonia e independência entre os poderes, tendo em vista que, em que pese se visualize uma divisão funcional do Estado, é completamente irrealizável uma separação absoluta de funções, de forma que cada poder exerce, inevitavelmente, funções típicas e atípicas, trazendo à baila discussões quanto aos limites de atuação de cada poder (Reis, 2003, p. 239).

Karina Bonetti Badawi (2015, p. 92) defende que não há mais espaço para a promoção de uma rígida separação dos poderes, com uma consequente independência absoluta de funções e de competências, como se vislumbrava na teoria clássica. Nesse sentido, torna-se imprescindível uma comunicação e uma articulação política cada vez maior entre os poderes, inclusive a partir de um aperfeiçoamento funcional do aparelho estatal, a fim de que este seja capaz de responder aos desafios da atualidade.

Não obstante, a consolidação da separação dos poderes como um valor essencial para o Estado Democrático de Direito se fez mister, elevando-a a cláusula pétrea – artigo 60, §4º, da Constituição Federal, notadamente a fim de impossibilitar a consolidação de um poder estatal absoluto e arbitrário. Ainda hoje como um valor essencial, a separação dos poderes deve ser tutelada, de modo que cada poder deve permanecer inviolável, investido em competências próprias e insuprimíveis, a serem respeitadas pelos outros poderes (Justen Filho, 2015, p. 109).

Entretanto, não é cabível, nem desejável, uma separação absoluta entre os poderes, o que terminaria impossibilitando o alcance de uma maior eficiência do aparelho estatal. Sendo assim, a comunicação e intersecção entre os poderes é necessária, de modo que a própria Constituição Federal assim estabelece quando dispõe acerca da possibilidade de que atos praticados no âmbito de competência de um poder sejam revistos por outro poder (Justen Filho, 2015, p. 109).

Sobre isso, em sua doutrina, Montesquieu idealizou um equilíbrio entre os três poderes, de modo que, para tanto, foi necessário esboçar o sistema de controle recíproco entre os poderes, a partir da teoria dos *checks and balances* – freios e contrapesos, no qual os três poderes exercem controle uns sobre os outros, a fim de que nenhum poder se sobreponha sobre os demais (Reis, 2003, p. 237-238).

No Brasil, alguns exemplos podem ser citados quanto à concretização do referido sistema de controle recíproco entre os poderes: o exercido pelo Executivo ao vetar projetos de leis aprovados pelo Legislativo, quando inconstitucionais ou contrários ao interesse público; o exercido pelo Legislativo ao julgar o *impeachment* do Presidente da República; o exercido pelo Judiciário ao deflagrar o processo legislativo, com a iniciativa legislativa para determinadas matérias (Cunha Júnior, 2012, p. 277-278).

Destarte, o controle sobre entidades que não estão funcionando de modo satisfatório se mostra imprescindível, notadamente levando em conta que através do controle é possível diagnosticar as disfunções existentes e, assim, corrigi-las, além de subsidiar, com os dados captados, a prevenção de possíveis futuras disfunções. Assim, apenas a partir de um adequado

e oportuno exercício do controle, é que será possível se pensar em um permanente aperfeiçoamento das instituições públicas (Pereira Júnior, 2009, p. 17-22).

Sendo assim, a concepção de uma rígida divisão entre as funções estatais não se coaduna com o moderno Estado Social, o qual exige uma distribuição de funções que garanta um sistema eficaz e equilibrado de controle recíproco entre os poderes, a fim de garantir a observância dos direitos fundamentais. Nesse contexto, entende-se que a Constituição de 1988 delegou ao Judiciário a função de responsável pelo cumprimento adequado da incumbência do Legislativo e do Executivo de criar condições materiais para a efetivação dos direitos sociais (Cunha Júnior, 2012, p. 284-286).

À vista disso, Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 286-287) conclui que o Poder Judiciário, enquanto corresponsável no processo de construção da sociedade do bem-estar, deverá adotar uma posição ativa e intervir quando os órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) falharem ou se omitirem na implementação de políticas públicas destinadas à efetivação dos preceitos constitucionais definidores dos direitos sociais, controlando, portanto, os atos comissivos e omissivos dos poderes públicos.

### 3.3 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto, o controle sobre as entidades estatais é imprescindível, a fim de possibilitar o diagnóstico de disfunções e atos viciosos que estejam impedindo um funcionamento satisfatório das instituições públicas, bem como para um permanente aperfeiçoamento destas.

Esse controle pode ser classificado quanto a sua extensão, sendo subdividido em controle interno e controle externo. O primeiro é aquele no qual o poder de fiscalizar e de rever ocorre dentro da mesma estrutura de Poder, como por exemplo o controle exercido pela Corregedoria no Judiciário. Já o controle externo é exercido por órgão fiscalizador situado em estrutura de Poder diversa daquela de onde a conduta administrativa se originou, como por exemplo o controle de atos do Executivo exercido pelo Tribunal de Contas (Carvalho Filho, 2015, p. 977-978).

Importante destaque deve ser feito quanto ao controle da Administração Pública, o qual é definido por José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 975) como “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”.

Destarte, Jessé Torres Pereira Júnior (2009, p. 23), evidencia a existência de quatro vertentes do controle da Administração Pública designadas pelo sistema constitucional

brasileiro: o controle da Administração Pública sobre si mesma, o controle legislativo, o controle pelos cidadãos e o controle judicial.

### **3.3.1 Controle interno da Administração Pública**

Sabe-se que a função administrativa tem o dever de prover às exigências fundamentais dos indivíduos para que sejam satisfeitos os interesses públicos estabelecidos em lei, notadamente de maneira imediata e concreta (Di Pietro, 2022, p. 207). Portanto, é essencial o exercício de um controle constante da atividade da Administração Pública, a fim de garantir o devido cumprimento dessa importante incumbência de efetivação do direito.

Uma das vertentes do controle da Administração Pública é o exercido por ela mesma - o controle interno, definido por Marçal Justen Filho (2015, p. 1258) como o dever imposto ao próprio Poder, configurando-se como uma competência estatal. Outro elemento definidor é o caráter permanente e contínuo da verificação da legalidade e da oportunidade da ação administrativa, o que se traduz em um dever da Administração de desempenhar a competência de controle a qualquer tempo para a apuração de qualquer indício de defeito ou insuficiência da atividade administrativa.

É necessário apurar, portanto, a existência de atos administrativos viciosos, assim considerados quando não observarem os preceitos legais aplicáveis à sua formação. Nesse sentido, sempre que o ato administrativo infringir norma legal haverá notadamente um prejuízo ao interesse público, o qual deve ser sempre o objetivo da atuação administrativa, mostrando-se imprescindível o controle dos atos defeituosos da Administração Pública (Fagundes, 1957, p. 60-61).

Sendo assim, para corrigir possíveis ações abusivas e inadequadas, a Administração busca o autocontrole. Para tanto, há a concretização do princípio da autotutela, no qual os órgãos da administração direta sujeitam-se a controles hierárquicos, bem como do princípio da tutela administrativa, em que as entidades da administração indireta se sujeitam à supervisão do órgão da Administração direta a que se vinculam (PEREIRA JUNIOR, 2009, p. 23-24).

A Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 74, estabelece que os três poderes estatais devem manter um sistema de controle interno. Para além disso, a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal autoriza que a administração anule seus próprios atos, quando ilegais, ou revogue-os por conveniência ou oportunidade. Destarte, denota-se um incentivo ao autocontrole da Administração Pública e à constante revisão de seus atos, a fim de que seja possível identificar desvios da atuação administrativa e, assim, corrigi-los.



Segundo Hely Lopes Meirelles (2013, p. 746), o controle administrativo, ou seja, o autocontrole da Administração é imprescindível para o alcance da legitimidade e eficiência da atividade administrativa, a fim de que esta possa atingir a sua finalidade plena de satisfação das necessidades coletivas e atendimento dos direitos individuais.

Nesse sentido, alcançar a finalidade plena da sua atuação é um dever da Administração Pública, de modo que, quando o gestor não atinge a finalidade pretendida pelo ato administrativo – um dos aspectos que devem ser obrigatoriamente observados, este pode ser considerado defeituoso, sob pena de nulidade. Isso significa que a atividade administrativa está condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados que não podem ser desviados pelo administrador público (Fagundes, 1957, p. 89).

Em seu art. 37, a Constituição Federal de 1988 positiva que a atuação da Administração Pública esteja sempre pautada nos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Cumpre destacar o primeiro destes, o qual impõe ao ente administrativo a limitação de apenas fazer o que a lei expressamente autoriza e em atenção à finalidade por ela imposta, de forma a caracterizar a Administração Pública como executora do direito (Moraes, 2011, p. 340-341).

Para fins didáticos, criou-se uma classificação dos tipos de controle da atividade administrativa existentes, tendo sido destacada a distinção entre o controle de legalidade/legitimidade e o controle de mérito. O primeiro estaria ligado ao objetivo de analisar a conformação do ato administrativo com as normas legais que o regem e os preceitos da Administração pertinentes ao ato controlado. O segundo se relacionaria com a análise da eficiência, do resultado, da conveniência ou da oportunidade do ato alvo do controle (Meirelles, 2012, p. 744).

No tocante ao controle de mérito, Hely Lopes Meirelles (2012, p. 744) defendeu que competia prioritariamente ao próprio Poder Executivo no exercício do seu controle interno, admitindo-se, em casos excepcionais e previstos constitucionalmente, o controle por parte do Legislativo, mas entendeu não ser possível o seu exercício pelo Judiciário. Segundo o autor, o juízo de conveniência ou oportunidade seria essencialmente político-administrativo e discricionário, de tal maneira que só poderia ser exercido internamente pela Administração.

Em que pese o controle da Administração Pública sobre si mesma seja imprescindível, devendo esta sempre buscar o aperfeiçoamento de sua atuação, é clarividente que existem disfunções e arbitrariedades que não são identificadas e/ou corrigidas pelo controle interno. Diante disso, o controle recíproco entre os poderes deve sempre atuar em prol da identificação

e correção dessas atuações defeituosas, de modo a garantir a desejada eficiência do aparelho estatal na resposta às inescrutáveis demandas da sociedade.

### **3.3.2 Controle legislativo da Administração Pública**

Como já anteriormente mencionado, o estabelecimento de poderes autônomos e invioláveis não veda a possibilidade de revisão da atuação de um determinado poder por outro, pelo contrário, tal possibilidade é consagrada constitucionalmente e prevista pela própria teoria da separação dos poderes que dispõe sobre a necessidade de um sistema de controle recíproco em que um poder controle o outro.

Destarte, para além do controle interno da Administração Pública, no qual esta deve rever e, eventualmente, corrigir seus próprios atos, há também o controle externo exercido pelos demais poderes sobre a atuação administrativa. Um desses controles é o legislativo, definido por José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 1040) como sendo a fiscalização da Administração Pública exercida pelo Poder Legislativo sob os critérios político e financeiro.

É sabido que, para além da função de elaboração de normas jurídicas, fiscalizar a Administração Pública também é uma função típica do Poder Legislativo, a qual pode ser subdividida em político-administrativa e financeiro-orçamentária (Moraes, 2011, p. 439). Para José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 1040), trata-se do controle legislativo sendo exercido sobre atividades diferenciadas, o distinguindo em: controle político e controle financeiro.

No tocante à fiscalização político-administrativa, analisa-se o funcionamento e a gestão da coisa pública (Moraes, 2011, p. 439). Esse controle político está positivado na Constituição Federal, que em seu art. 49, ao indicar as competências exclusivas do Congresso Nacional, aponta aspectos deste tipo de controle, como no inciso X, no qual dispõe que compete ao Congresso fiscalizar e controlar os atos da Administração Pública direta e indireta. Isso quer dizer, por exemplo, que, se for questionada a legalidade de ato do presidente de uma fundação governamental, o Congresso possui prerrogativa constitucional para apurar (Carvalho Filho, 2015, p. 1041).

No que tange ao controle financeiro, tem por objetivo controlar a receita, a despesa e a gestão dos recursos públicos, mais precisamente de tudo que se relacione com finanças públicas, com vistas a proteger o erário de atividades ilícitas e dilapidatórias. A fiscalização financeiro-orçamentária também encontra respaldo na Constituição Federal, na seção IX, dispondo o art. 70 que estão sujeitas ao controle financeiro cinco áreas de atuação: contábil,

financeiro (em sentido estrito), orçamentário, operacional e patrimonial (Carvalho Filho, 2015, p. 1042-1043).

O art. 71 da CF/88 dispõe que o controle financeiro será exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio da prévia apreciação técnica-administrativa do Tribunal de Contas – órgão auxiliar e especializado do Poder Legislativo que tem autoridade específica para exercer esse tipo de controle.

### **3.3.3 Controle popular da Administração Pública**

A concretização da Constituição Federal e o alcance do bem-comum perpassa necessariamente por um esforço coletivo de todas as parcelas da sociedade. Dentro desse contexto, impende destacar a contribuição da população no controle estatal sobre os atos da Administração Pública, na medida em que muitos procedimentos de controle são deflagrados a partir da provocação do administrado perante o Estado, visando tutelar seus interesses individuais, bem como coletivos (Di Pietro, 2016, p. 1658).

Denominado controle social por José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 984), o autor o define como uma forma de controle exógeno do Poder Público por segmentos da sociedade que permite a efetiva participação popular no processo de exercício do poder. Garantir a inserção dos cidadãos no controle da Administração de forma cada vez mais ativa é uma finalidade constitucional, estando previstas algumas hipóteses deste controle na Constituição.

Um dos importantes dispositivos constitucionais nesse sentido é o §3º, do art. 37, o qual estabelece a participação do usuário na administração pública direta e indireta – a ser disciplinada por lei, determinando nos incisos do parágrafo: I – instrumentos de atendimento ao usuário que o permita fazer reclamações acerca da prestação dos serviços públicos; II – o fornecimento de informações sobre atos administrativos; e III – a garantia ao usuário de meios para denunciar o exercício negligente ou abusivo de função pelo administrador público.

Para além disso, a Constituição Federal ainda cita algumas hipóteses de participação social, tais como em relação às ações e serviços de saúde, no art. 198, inc. II, bem como no tocante ao sistema de seguridade social, no art. 194, inc. VII, sem contar as previsões infraconstitucionais que também têm contribuído para o controle social, a exemplo do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), em seu art. 2º, inc. II, que prevê a participação da comunidade na formulação, execução e acompanhamento dos planos de desenvolvimento urbano (Carvalho Filho, 2015, p. 984-985).

José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 984) explica que existem duas formas de efetivação do controle social: o controle natural – exercido diretamente pelos cidadãos ou entidades representativas – e o controle institucional – executado por órgãos do Poder Público que defendem os interesses da coletividade, como a Defensoria Pública, Procons e Ministério Público. Maria Sylvia Di Pietro (2016, p. 1658) assinala que este último é o órgão mais bem estruturado e mais apto para o controle da Administração Pública, em razão de seus instrumentos e independência.

Dentre as importantes funções que reúne o Ministério Público, o art. 129 da CF/88 o imbuíu do dever de denunciar autoridades públicas por crimes no exercício de suas funções, bem como de tutelar os interesses difusos e coletivos da sociedade, além de reprimir a improbidade administrativa através de ação civil pública (Di Pietro, 2016, p. 1658).

Em síntese, Maria Sylvia Di Pietro (2016, p. 1658) evidencia que o controle popular da Administração Pública é provavelmente o meio mais eficaz de controle, ao que José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 985) desenvolve afirmando que o controle social passa por um processo de evolução que deve ser cada vez mais estimulado pelo Poder Público, reduzindo sua postura de imposição vertical, em atenção à necessária participação da sociedade na gestão do interesse público.

### 3.4 CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para além dos controles supracitados, o ordenamento jurídico também prevê o controle externo da Administração Pública exercido pelo Poder Judiciário, sendo cabível e necessária a tutela jurisdicional quando se verifica afronta a normas constitucionais que deveriam vincular a atuação administrativa (Lacerda, 2012, p. 119).

Jessé Torres Pereira Junior (2009, p. 31), ao apresentar as características do controle judicial, divide esta intervenção em quatro pontos: (1) provocação pelo titular do direito lesado ou ameaçado; (2) dedutível mediante qualquer via acionária; (3) cujo objeto consiste no exame da validade e da eficácia de ato tido como inidôneo ou inquinado de inconstitucionalidade ou ilegalidade; (4) a ensejar decisão provida de força preclusiva, isto é, somente o julgamento final pelo Poder Judiciário resolve o conflito em definitivo.

Sobre o primeiro ponto, destaca-se que a inércia da jurisdição corresponde ao fato desta só atuar mediante provocação do interessado, o que não significa que a proatividade do Judiciário não possa ser incentivada, na medida em que este, na qualidade de poder estatal, deve

se mover constantemente rumo a tornar-se mais acessível à população e a prestar-lhe a jurisdição adequada (Pereira Júnior, 2009, p. 33).

Sobre o último ponto, revela-se a essência do próprio controle judicial, fundamentado na função do Judiciário de guardião da Constituição e protetor da força vinculante das normas constitucionais. Essa competência se encontra intimamente relacionada com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, positivado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que lesões ou ameaças de direito não podem ser excluídas de apreciação pelo Poder Judiciário (Justen Filho, 2015, p. 1293).

Diante disso, sendo provocado pela parte, o Judiciário tem o poder-dever de avaliação e revisão da atividade administrativa, a fim de coibir possíveis afrontas ao ordenamento jurídico, de modo que, mesmo havendo decisão por parte da Administração Pública, somente o julgamento final pelo Poder Judiciário resolve o conflito em definitivo.

Sendo assim, é inquestionável a previsão no ordenamento jurídico brasileiro da possibilidade de revisão da atuação administrativa pelo Poder Judiciário. A partir disso, surgem então discussões acerca de como se deve efetivar esse controle externo, quais são os limites de atuação judicial, em vista do necessário respeito ao princípio da separação dos poderes e à autonomia da Administração Pública.

Aprofundando um pouco mais no terceiro ponto, destaca-se que, para Jessé Torres Pereira Júnior (2009, p. 46), o controle judicial da Administração Pública tem como objeto nuclear o exame da validade e da eficácia do ato administrativo, definido pelo autor como o ato jurídico por meio do qual a Administração Pública expede declarações de natureza infralegal, a fim de atender a interesse público mediato ou imediato.

Cumprindo esclarecer que há uma diferenciação quanto aos atos da Administração e os atos administrativos. A expressão *ato da Administração* é mais ampla, representando todo ato praticado no exercício da função administrativa. Sendo assim, dentre os atos da Administração, existem os atos administrativos propriamente ditos que são compostos de cinco elementos que os caracterizam: 1. constitui uma declaração do Estado; 2. sujeito a regime jurídico administrativo; 3. produz efeitos jurídicos imediatos; 4. passível de controle judicial; 5. subordinado à lei (Di Pietro, 2022, p. 205-207)

Em um primeiro momento, mais especificamente antes da Constituição de 1988, era pacífico o entendimento de que, ao controle judicial dos atos administrativos, apenas caberia a análise da estrutura morfológica do ato, ou seja, o exame no tocante aos elementos de competência, forma, objeto, motivo e finalidade, à luz da respectiva lei de regência do ato (Pereira Júnior, 2009, p. 46-47).

Este entendimento tem como base a orientação da Lei nº 4.717/65, que em seu art. 2º dispõe sobre os casos em que o ato será considerado nulo, de maneira que, sob tal perspectiva, o controle judicial se restringiria à legalidade estrita, cabendo ao Judiciário analisar se o ato expedido está estritamente conformado aos elementos descritos na norma e, assim, julgá-lo como válido ou inválido (Pereira Júnior, 2009, p. 46-47).

Ainda compreendendo que o objeto do controle judicial estaria limitado a legalidade estrita do ato administrativo, surgiu a teoria dos motivos determinantes, de origem francesa e incorporada no direito brasileiro, que determina que, caso o administrador nomeie expressamente os motivos de sua escolha quando da expedição do ato, o controle judicial poderá abarcar a análise da vinculação do ato a esses motivos (Pereira Júnior, 2009, p. 47).

Entretanto, elevando a norma como parâmetro do controle, há o entendimento de que, nos pontos em que esta for omissa, se reserva à autoridade administrativa um espaço de escolha - discricionariedade, de maneira que o controle judicial seria impenetrável. Evidencia-se, portanto, a discussão quanto aos aspectos discricionários e vinculados dos atos administrativos, que serão aprofundados em tópico seguinte (Pereira Júnior, 2009p. 47).

De acordo com Marçal Justen Filho (2015, p. 1267-1271), existe um núcleo mínimo da atividade administrativa que não poderia ser revisto pelos órgãos externos de controle: o mérito do ato, como consequência do próprio princípio da separação dos poderes, na medida em que estes devem ser autônomos. Nesse sentido, o autor entende que não é cabível, ao órgão/Poder fiscalizador, realizar juízo de conveniência e oportunidade, de natureza discricionária, em substituição ao titular desta competência - a Administração.

Sobre isso, Miguel Seabra Fagundes (1957, p. 147) afirma que “ao Judiciário não se submetem os interesses, que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele”. Para além disso, o autor ainda afirma que os elementos que constituem o mérito dos atos administrativos estão relacionados com critérios técnicos e políticos, os quais seriam exclusivos do Poder Administrativo, de forma que não caberia apreciação jurisdicional nesse sentido, sob pena, inclusive de violação do princípio da separação dos poderes.

Exemplo do debate quanto ao limite do controle judicial sobre a atuação da Administração Pública, imperioso trazer à baila a oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da constitucionalidade da Medida Provisória nº 596/94, sobre a qual foi questionada a observância aos requisitos de relevância e urgência. Nesse caso, o entendimento vitorioso foi no sentido de que, se configurando como juízo político do governo os pressupostos de interesse público e urgência, não caberia apreciação judiciária.

*Contrario sensu*, o Ministro Paulo Brossard emitiu voto vencido, entendendo que caberia sim o controle judicial, determinando a suspensão dos efeitos da medida provisória, visto que não atenderia os requisitos constitucionais. O entendimento e voto do Ministro Paulo Brossard, por mais que vencido, evidenciou uma importante mudança de compreensão quanto ao objeto e limite do controle judicial da atuação administrativa.

Nesse sentido, Sérgio Resende de Barros (2012, p. 29) aduz que a ideologia liberal não intervencionista impactou diretamente na consolidação do entendimento de que o magistrado estaria impedido de adentrar o mérito das ações administrativas. Em contrapartida, essa compreensão tem ficado para trás, a partir de uma concepção mais principiológica, segundo a qual as razões de conveniência e de oportunidade do ato administrativo podem passar pela análise do Judiciário.

Como bem assinala José Carlos Vasconcellos dos Reis (2013, p. 243), não há que se falar em afronta ao princípio da separação dos poderes quando do exercício do controle, por parte do Poder Judiciário, sobre a atuação administrativa que viole as normas constitucionais programáticas, tendo em vista que a ideia de controle e limitação recíproca entre os poderes se constitui elemento essencial da teoria de tripartição do poder na garantia de centros de decisão autônoma dentro do Estado.

O princípio da eficiência é norma constitucional que impõe que a atuação administrativa sempre se oriente no alcance do resultado do interesse público. Diante disso, Alexandre de Moraes (2011, p. 352-353) assinala que a positivação desse princípio reforçou a possibilidade de o Poder Judiciário analisar a eficiência da administração, declarar a inconstitucionalidade de manifestações administrativas e determinar, caso necessário, a responsabilização das autoridades que forem omissas na garantia da eficiência dos serviços prestados e na concretização dos direitos fundamentais.

Para além disso, em um primeiro momento, buscando se estabelecer os limites do controle externo, se entendia que, como regra, que os órgãos e Poderes controladores teriam apenas competência constitutiva negativa de promover a desconstituição de atos defeituosos e competência condenatória de impor ao ente administrativo alguma obrigação. Entretanto, se passou a admitir, excepcionalmente, quando se considerar indispensável à proteção dos direitos fundamentais, que o órgão/Poder controlador produza diretamente determinado ato em substituição ao ato administrativo defeituoso (Fagundes, 1957, p. 147).

Nesse sentido, a necessária proteção dos direitos fundamentais muitas vezes provoca o controle por parte do Poder Judiciário no sentido de uma atuação mais direta, frente a ação ou omissão que fere direitos fundamentais por parte da Administração Pública. Destarte, é dessa

lógica que surgem os processos estruturais, que visam a reestruturação de uma instituição pública, enquanto frutos de um controle judicial mais atuante que cria políticas públicas, em resposta a ineficiência da Administração.

Por conseguinte, ressalta-se a linha tênue que limita o controle judicial sobre a atuação administrativa, trazendo a baila divergências quanto a essa limitação, a qual perpassa a discussão se o controle do Poder Judiciário poderia ou não alcançar tantos atos administrativos vinculados quanto atos administrativos discricionários.

Sendo assim, é essencial analisar a distinção feita entre o ato administrativo vinculado e o discricionário, na medida em que a amplitude do controle judicial se direciona mais em um do que no outro (Di Pietro, 2022, p. 228).

### **3.4.1 Atos Discricionários**

Sabe-se que a função administrativa tem a importante missão de concretizar o interesse público disposto na letra da lei. Nesse sentido, não é difícil perceber que a realidade fática revela variáveis e desafios práticos que não podem ser totalmente abarcados pela legislação. Em vista disso, a existência da discricionariedade se justifica na imprevisibilidade de determinadas situações concretas que precisarão ser enfrentadas pelo administrador, exigindo uma flexibilidade de atuação para melhor atender as complexas e crescentes necessidades coletivas (Di Pietro, 2022, p. 222).

Na tentativa de definir discricionariedade, Marçal Justen Filho (2015, p. 223) assinala que seria um tipo de disciplina legislativa, a disciplina normativa discricionária. Esta disciplina surge quando a lei não contém todos os elementos necessários à sua aplicação, demandando que alguns destes sejam verificados no caso concreto, o que é concretizado a partir de determinação normativa de margens de autonomia à Administração Pública para que decida a melhor solução segundo uma avaliação casuística.

Nessa senda, a discricionariedade é compreendida como uma técnica de integração jurídica, na medida em que a própria norma reserva um certo espaço em aberto que deve ser integrado, de acordo com a realidade fática, pelo administrador, que possui o dever de zelar pelo interesse público no caso concreto em análise (Reis, 2003, p. 194-195).

Como ainda assinala José Carlos Vasconcellos dos Reis (2003, p. 194-195), a discricionariedade é uma prerrogativa concedida ao agente público de optar por uma das condutas possíveis no caso concreto, devendo esta escolha ser pautada no objetivo de concretização mais plena do interesse público. Para tanto, o núcleo básico do poder-dever



discricionário é o binômio conveniência-oportunidade, de modo que a atuação administrativa se oriente de acordo com as condições e momento em que se encontra inserida.

Esse binômio é compreendido com um aspecto do ato administrativo relativo ao mérito. Nesse sentido, enquanto os atos vinculados são sempre analisados sob o aspecto da legalidade - conformidade à lei, os atos discricionários somam à legalidade o mérito, que seria a oportunidade e a conveniência (Di Pietro, 2022, p. 226).

Ao se falar sobre discricionariiedade, é necessário chamar a atenção para o fato de que a autonomia dada pelo ordenamento jurídico à autoridade administrativa não se encontra alheia às normas jurídicas, pelo contrário, estas fornecem as balizas para decisão da Administração. Diante disso, o poder decisório fruto da competência discricionária é suscetível a um controle, que poderá ser mais ou menos intenso e extenso a depender do estabelecido na norma instituidora da competência discricionária (Justen Filho, 2015, p. 224).

Sobre isso, chama a atenção o importante retrospecto quanto à origem da discricionariiedade, feito por Gustavo Binenbojm (2008, p. 195-196), que remonta os séculos XVI a XVIII, destacando que o seu surgimento esteve atrelado a soberania decisória do monarca absoluto, confundindo-se com a arbitrariedade em diversos momentos, vez que a vontade do soberano não estava subordinada a qualquer limite externo. Em contrapartida, com o desenvolvimento do Estado de Direito, a partir do século XIX, iniciou-se um processo de difusão da necessidade de imposição de restrições jurídicas às atividades estatais e, portanto, à discricionariiedade administrativa.

Em vista disso, a compreensão atual é de que o exercício da discricionariiedade deve ser norteado pelo próprio ato normativo superior que lhe compete integrar, ou seja, advém da lei e do espaço de abertura que esta reservou ao juízo discricionário do administrador. Portanto, isso quer dizer que a conceção para a atuação discricionária, quando ela existir, terá sua amplitude definida de acordo com o grau de abertura da lei (Reis, 2003, p. 196-197).

M. Seabra Fagundes (1957, p. 95) vai dizer que atos discricionários não significam atos administrativos frutos da total discricionação por parte do administrador, visto que inexistem atos totalmente discricionários, notadamente em virtude de a norma conceder sempre uma parte de discricionariiedade ao gestor. Portanto, os atos discricionários são os que possuem uma margem maior de discricionariiedade, se comparados com os atos vinculados.

Pelo exposto, denota-se que a compreensão da discricionariiedade perpassa três aspectos essenciais, definidos por Marcus Vinícius Filgueiras Júnior (2007, p. 18-19), sendo o primeiro deles a margem de liberdade dada ao gestor para escolha da melhor solução para o caso concreto. Já o segundo aspecto está ligado à demarcação da discricionariiedade pelo direito, o

que quer dizer que esta, além de ser determinada por lei, também é por ela limitada. E, por fim, o autor compreende que outro aspecto da discricionariedade seria a insindicabilidade do Poder Judiciário, quando o ato discricionário se mantiver dentro da razoabilidade.

No que diz respeito à insindicabilidade pelo Judiciário, denota-se que, para que assim seja, o gestor público deve atuar dentro do espaço discricionário demarcado pela ordem jurídica. Isso quer dizer que o ato administrativo é, a priori, inatacável por via judicial, entretanto, caso este ato extrapole a margem de liberdade dada à Administração Pública, ferindo normas constitucionais, será possível o controle judicial (Filgueiras Júnior, 2007, p. 19).

Ainda sobre isso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 226) assevera que por muito tempo a apreciação do mérito do ato discricionário se manteve reservada à Administração Pública, detendo o controle judicial. Entretanto, a autora atribuiu como marco de mudança dessa compreensão a Constituição Federal, após a qual vem se desenvolvendo o exame judicial sobre o mérito, se evidenciando a necessidade de análise de aspectos deste, tal como os motivos, sua razoabilidade/proporcionalidade, entre outros.

### **3.4.2 Atos Vinculados**

De acordo com M. Seabra Fagundes (1957, p. 93-94), existe a chamada competência *vincolata*, dos italianos, ou a chamada competência vinculada, segundo a qual a Administração Pública terá sua atuação estritamente determinada na legislação, ou seja, a lei define uma ação específica e obrigatória ao administrador que deve ser praticada dentro de um prazo, de um certo modo e diante de um contexto.

Nesse sentido, a noção de ato vinculado está atrelada a estrutura normativa peculiar às regras, na medida em que estas determinam a adoção de uma conduta de forma objetiva e exauriente. Isso quer dizer que cabe ao administrador apenas verificar se a hipótese normativa corresponde ao caso concreto e, em caso afirmativo, adotar exatamente a conduta prescrita (Binenbojm, 2008, p. 229).

Ao se falar que o poder da Administração é vinculado, se quer dizer que a lei impõe que a Administração deve agir de determinada forma quando diante de certos requisitos. Por conseguinte, surge um direito subjetivo do particular que, a partir desse poder vinculado da Administração, pode exigir desta uma atuação específica, sob pena de se sujeitar ao controle judicial (Di Pietro, 2022, p. 222).

Marçal Justen Filho (2015, p. 174) assinala que a Administração Pública deverá conduzir sua atuação mediante autorização e delimitação legislativa, ou seja, respeitando o

princípio da legalidade da atividade administrativa, sob pena de o ato administrativo ser considerado inválido, caso não encontre respaldo na legislação vigente.

Marçal Justen Filho (2015, p. 174-175) evidencia que este princípio da legalidade deve ser ponderado com o princípio da realização dos direitos fundamentais, levando-se em conta que a promoção destes direitos é imperativa à Administração Pública, cabendo, em determinados casos em que não exista lei prevendo, a produção de atos jurídicos referidos diretamente à Constituição Federal.

Sabe-se que os atos administrativos possuem cinco elementos que o compõem: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade. Nessa senda, importante destacar que o motivo, enquanto pressuposto de fato e de direito, é compreendido como o fundamento do ato administrativo. Isso quer dizer que este deve se basear em um dispositivo legal – pressuposto de direito, bem como ser consequência de uma determinada circunstância fática – pressuposto de fato (Di Pietro, 2022, p. 220).

Impende novamente destacar a teoria dos motivos determinantes, teoria essa que tem como norte a obrigatoriedade do ato administrativo se fundamentar na indicação de seus motivos, ou seja, de ter como base dispositivo legal e circunstância fática que o motivem. A partir disso, se entende que um ato não será considerado válido se ausentes, ou falsos, os motivos que o fundamentaram (Di Pietro, 2022, p. 221).

Em suma, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 222) resume a diferenciação entre atos vinculados e discricionários, assinalando que os primeiros são fruto do estabelecimento, pela lei, de uma única atuação cabível ao administrador, diante de uma dada circunstância fática, ao passo que os atos discricionários advém do estabelecimento, pela lei, de mais de uma atuação cabível e válida ao administrador, o qual deverá optar por uma segundo critérios de oportunidade e conveniência diante do caso concreto.

A dicotomia atos vinculados e atos discricionários sempre impactou diretamente na forma em que se daria o controle judicial de atos administrativos. Nesse sentido, como os atos vinculados são caracterizados por possuírem todos os elementos definidos em lei, cabe ao Judiciário examinar todos os aspectos do ato, verificando se este está exatamente como disposto na norma. Em contrapartida, em relação aos atos discricionários não seria um controle irrestrito, estando o exame do Judiciário limitado à delimitação da discricionariedade definida pelo legislador (Di Pietro, 2022, p. 228).

### **3.4.3 Teoria dos graus de vinculação da administração à juridicidade**

Chama a atenção o fato de que por muito tempo atos vinculados e atos discricionários eram vistos como polos completamente opostos. Assim, enquanto de um lado, se entendia que havia vinculação quando a norma predeterminava um único ato possível a ser realizado pela Administração, por outro lado, havia discricionariedade quando existia uma grande margem de apreciação pelo administrador quanto à sua atuação (Binenbojm, 2014, p. 212).

Nesse sentido, segundo Gustavo Binenbojm (2014, p. 212), a dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários impactou no entendimento, prevalecente na época, de que o Judiciário só poderia analisar as formalidades extrínsecas dos atos discricionários, atendo-se apenas ao exame da legalidade, sem adentrar no chamado *mérito administrativo*, entendido como o “núcleo da discricionariedade”.

Com o passar do tempo e com as transformações do direito administrativo, tal concepção dicotômica foi sendo mitigada, de tal maneira que começou a se caracterizar a discricionariedade como “um campo não de escolhas puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotadas, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela Lei” (Binenbojm, 2014, p. 39).

Impende destacar o impacto da constitucionalização dos princípios da Administração na construção deste entendimento, na medida em que há a inclusão, para além dos atos normativos, de princípios e valores constitucionais no conceito de legalidade. Diante disso, tendo em vista que a legalidade é limitadora da atividade administrativa, e esta se encontra em ampliação, denota-se uma redução da discricionariedade, notadamente do mérito dos atos administrativos, tendo em vista que aspectos considerados antes como de mérito estão sendo compreendidos, hoje, como de legalidade (Di Pietro, 2022, p. 226).

Destarte, é a partir do princípio da juridicidade – determinante de uma atividade administrativa vinculada diretamente à Constituição – que houve uma mitigação da dicotomia atos vinculados e atos discricionários, chegando-se à compreensão de que existem, em verdade, diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade (Binenbojm, 2008, p. 208).

Trata-se, portanto, da Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade de Gustavo Binenbojm, a qual se baseia na incidência direta dos princípios constitucionais no mérito do ato discricionário, antes intocável, porquanto a discricionariedade não se encontra apartada da lei, pois, em maior ou menor grau, estará vinculada ao direito (Binenbojm, 2014, p. 209).

Por conseguinte, através de uma *escala decrescente de densidade normativa vinculativa*, o autor define uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, ou seja, divide os atos administrativos entre os vinculados ao ordenamento jurídico de forma mais ou

menos ampla. São estes: a) atos vinculados por regras; b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; c) atos vinculados diretamente por princípios (Binenbojm, 2008, p. 210).

No que concerne aos atos vinculados por regras, são os atos definidos pelo legislador em enunciados normativos marcados por conceitos objetivos – como idade, sexo, hora – e por conceitos de conteúdo objetivamente decifrável – como tráfego lento, morte natural, chuva de granizo. Nestes casos, cabe ao administrador, por exemplo, apenas um exame de documentos e uma operação matemática quando da aferição da idade mínima para aposentadoria, estabelecida pela norma legal, em um caso concreto (Binenbojm, 2008, p. 214).

Em contrapartida, no tocante aos atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados, tratam-se de atos definidos pelo legislador em enunciados normativos marcados por conceitos que requerem do aplicador do direito uma valoração – como interesse público, urgência, notória especialização, deixando uma margem de apreciação e avaliação ao administrador público. Nessa hipótese, cabe a este concretizar o conceito de notória especialização, por exemplo, para a contratação direta de uma empresa, decidindo com base na conveniência e oportunidade (Binenbojm, 2008, p. 214-215).

Por fim, sobre os atos vinculados diretamente por princípios, não há definição de regras nem de conceitos indeterminados pelo legislador a fim de preordenar a atuação administrativa. Diante disso, caberá ao administrador, observando os princípios constitucionais gerais e os princípios setoriais da Administração Pública, decidir qual solução melhor concretiza os fins definidos pela norma de competência, diante das opções jurídica e materialmente possíveis (Binenbojm, 2008, p. 232-233).

A compreensão a respeito da classificação dos atos administrativos em graus de vinculação à juridicidade é essencial na discussão quanto aos limites do controle judicial da atuação administrativa. Destarte, Gustavo Binenbojm (2014, p. 39) defende que, quanto maior o grau de vinculação do administrador à juridicidade, maior será também o grau de controlabilidade judicial dos atos administrativos.

O autor ainda aprofunda sobre a temática em sua teoria, partindo da conclusão de que o controle judicial deve ser gradual, variando sua densidade de acordo com o grau de objetividade e exaustividade da norma. Entretanto, defende que a definição da densidade do controle judicial não pode se restringir a uma análise puramente normativa, devendo se atentar também para os procedimentos adotados e para as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios. Em suma, conclui que a amplitude da controlabilidade judicial deve se dar segundo o critério jurídico-funcional (Binenbojm, 2008, p. 226).

Sendo assim, Gustavo Binenbojm (2008, p. 239-240) define *standards* (parâmetros) para uma teoria jurídico-funcionalmente adequada do controle judicial sobre os atos administrativos mais ou menos vinculados: I) quanto maior o grau de objetividade da norma, mais intenso o grau de controle judicial; II) quanto maior o grau de tecnicidade da matéria decidida por órgãos especializados, menos intenso deve ser o grau de controle judicial; III) quanto maior o grau de politicidade da matéria decidida por agente eleito e legitimado, menos intenso deve ser o grau de controle judicial; IV) quanto maior o grau de efetiva participação social no processo decisório, menos intenso deve ser o grau de controle judicial; V) quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais, mais intenso o grau de controle judicial.

Em síntese, para Gustavo Binenbojm (2008, p. 215)

um controle judicial gradual, variando a sua densidade de acordo com a respectiva área temática e o grau de objetividade do conceito parece a solução mais adequada para alcançar uma concordância prática entre os princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Não obstante, os *standards* definidos pelo autor não necessariamente se apresentam de forma isolada em um ato administrativo, o qual pode perpassar mais de um parâmetro, a exemplo da atuação da Administração na implementação de políticas públicas. Assim, ao mesmo tempo em que esta envolve um alto grau de politicidade, também está atrelada a efetivação de direitos fundamentais, de modo que o controle judicial deve ser ponderado, como será abordado a seguir.

#### **4 LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS MEDIANTE PROCESSOS ESTRUTURAIS: *STANDARDS* A PARTIR DOS GRAUS DE VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À JURIDICIDADE**

A partir da mitigação da dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, se passou a compreender que os atos administrativos, em verdade, diferiam entre si quanto ao grau de vinculação à juridicidade. Por consequência, se reconheceu que o Poder Judiciário pode exercer controle sobre os atos da Administração Pública, desde que o grau de controle judicial seja proporcional ao grau de vinculação do ato administrativo à juridicidade.

Mais especificamente, o Poder Judiciário, por muito tempo, se absteve de interferir e controlar a atuação da Administração na implementação de políticas públicas, tendo em vista que esta representa escolhas políticas que envolvem um juízo de conveniência e oportunidade do gestor. Em contrapartida, tendo em vista que as políticas públicas, para além de uma escolha política, são compreendidas como a efetivação de direitos fundamentais, inquestionável a possibilidade de controle judicial mediante processos estruturais, desde que respeitados os graus de vinculação à juridicidade, como será analisado de forma pormenorizada a seguir.

##### **4.1 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Como já assinalado, a função precípua do Executivo é administrar a coisa pública, promovendo a satisfação de interesses essenciais e a promoção dos direitos fundamentais, a partir da implementação de políticas públicas. Partindo dessa compreensão, cumpre dar enfoque ao controle do Judiciário sob as omissões ou as ações inadequadas da Administração na implementação de políticas públicas.

Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda (2012, p. 75-76), em sua análise conceitual, caracterizou as políticas públicas como programas de atuação estatal que visam a realização fática de direitos fundamentais sociais, segundo parâmetros constitucionais. Já para Gianpaolo Poggio Smanio (2013, p. 7-8), política pública seria uma categoria jurídica nova, formada por um conjunto de normas e de medidas, com uma finalidade determinada. Ao buscar o conceito de política pública, apesar de chamar a atenção desta enquanto fenômeno jurídico a ser efetivado juridicamente, o autor não exclui a sua natureza política.

Não há como negar a clara simbiose entre Direito e Política. Nesse sentido, percebe-se a ordem jurídica como fruto do poder político, ao passo que a formatação do exercício do poder político e sua legitimidade se encontram na ordem jurídica (Smanio, 2013, p. 6).

Assim, importante ressaltar que existem questões constitucionais que pertencem exclusivamente ao âmbito político, a exemplo da política externa e da declaração de guerra, e

questões constitucionais que perpassam simultaneamente Direito e Política. Sobre estas últimas, há violações de direitos fundamentais que muitas vezes estão encobertas pela questão política inerente, acabando por afastar a revisão das escolhas feitas pelo legislador ou gestor público (Lacerda, 2012, p. 89).

É o que acontece no campo das políticas públicas, enquanto instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, configurando-as como claros exemplos de simbiose entre Direito e Política. Entretanto, esta temática originalmente era reconhecida como essencialmente política, de modo que as políticas públicas eram compreendidas basicamente como investimentos de verbas em um determinado setor, frutos de uma decisão política do gestor, que revela uma determinada prioridade de governo (Lacerda, 2012, p. 33).

Apesar de assim realmente serem, com a consolidação do Estado Democrático de Direito, as políticas públicas passaram a ser compreendidas também como um fenômeno jurídico, na medida em que a ordem jurídica – centralizada na Constituição – impõe a efetivação dos direitos fundamentais e o atingimento de determinados objetivos sociais que veiculam a realização das políticas públicas. Estas, portanto, ocorrem na esfera jurídica e através da esfera jurídica, a qual condiciona e regula a atuação estatal (Smanio, 2013, p. 6).

Diante da força normativa da Constituição, denota-se que todos os poderes e funções do Estado estão vinculados às normas constitucionais. Sendo assim, essa vinculação recai sobre o Poder Executivo que, ao implementar políticas públicas e executar programas de governo, deverá observar estritamente a Constituição e o objetivo de concretização de direitos fundamentais (Lacerda, 2012, p. 83).

Da análise conceitual, para além da simbiose entre Direito e Política, também se extrai o caráter procedimental das políticas públicas, enquanto programas de atuação estatal, com níveis de desenvolvimento e um conjunto de decisões de formulação, implementação e avaliação (Lacerda, 2012, p. 75-76).

Sendo assim, as políticas públicas devem ser definidas, obrigatoriamente, a partir de um planejamento, que se configura como pressuposto de validade, haja vista que a adequação das políticas públicas, estabelecidas pela Administração, estão subordinadas à compatibilidade com as diretrizes traçadas pelo plano criado (Justen Filho, 2015, p. 672).

Clarice Seixas Duarte (2013, p. 25) vai dizer que os elementos fundamentais para a configuração de uma política pública, quais sejam ação, coordenação, processo e programa, se relacionam de forma a configurar um *ciclo*. À vista disso, existe um conjunto de etapas e atividades que envolvem a definição e implementação das políticas públicas, de forma não necessariamente linear.



Segundo a autora, inicialmente deverão ser identificados os problemas e definidas as prioridades para a formulação de propostas concretas, a fim de subsidiar a implementação da política pública, a qual envolverá burocracia, recursos e aprovação de leis. Após a implementação, imperiosa a avaliação dos resultados e impactos da política pública, o que permitirá uma conclusão quanto a sua eficácia. Por fim, destaca-se a necessidade de fiscalização e controle da execução da política pela sociedade civil e os poderes estatais (Duarte, 2013, p. 25).

Diante disso, esta última etapa – de fiscalização e controle – é reconhecida como uma etapa fundamental do ciclo das políticas públicas, devendo ser exercida pelos diversos setores da sociedade. Entretanto, por antes se entender que a temática relativa às políticas públicas seria essencialmente política, prevalecia a tese de que estas estariam imunes ao controle judicial (Lacerda, 2012, p. 33).

À vista disso, Clarice Seixas Duarte (2013, p. 32) assinala a necessidade de superar o pensamento tradicional de que as opções políticas ou administrativas de governo, consubstanciadas nas políticas públicas, estariam excluídas da apreciação do Judiciário. A autora então defende o questionamento judicial quando as políticas públicas não estiverem de acordo com os parâmetros constitucionais e não contribuírem para a redução das desigualdades sociais.

Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda (2012, p. 30-31), defende que existem dois elementos que influenciam diretamente o controle de políticas públicas, e o primeiro deles é a força normativa da Constituição. Isso significa que, considerando que as políticas públicas são programas de atuação estatal que visam a efetivação de direitos fundamentais, portanto a realização de normas constitucionais, a implementação e eficácia das políticas públicas é imperativa. Consequentemente, o Judiciário, enquanto guardião da Constituição, deverá zelar pelo devido cumprimento das políticas públicas.

Cumprir chamar a atenção que, até o século XX, a força normativa da Constituição não era reconhecida, estando sua concretização condicionada à elaboração de norma infraconstitucional pelo legislador e à atuação discricionária do administrador público, de tal forma que o Legislativo e o Executivo desempenhavam papéis preponderantes na materialização dos direitos fundamentais (Lacerda, 2012, p. 30).

No Estado Democrático de Direito atual, entretanto, a realização das normas constitucionais – a partir das políticas públicas – é imperativa, não estando condicionada à sua adaptabilidade ao caso concreto, nem mesmo ao momento político em que se encontram

vigentes, não sendo um mero compromisso dilatatório, mas uma obrigação estatal impreterível e inadiável (Lacerda, 2012, p. 30-31).

Destarte, não deve ser destinada apenas à esfera política, a realização de objetivos coletivos traçados no contexto de um Estado Social. À vista disso, se os recursos públicos não estão sendo corretamente aplicados na obtenção dos resultados pretendidos – a concretização dos direitos sociais, há um caso concreto de omissão e/ou desvio do Poder Público que, em verdade, constitui lesão a direito, nos termos do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal (1988), não podendo ser excluída a apreciação judicial (Duarte, 2013, p. 35).

O segundo elemento influenciador é a ampliação da jurisdição constitucional, que tem origem com o desenvolvimento do *judicial review*, após a Segunda Guerra Mundial, marcado pela supremacia da Constituição e maior relevância do Poder Judiciário enquanto garantidor dos direitos fundamentais (Lacerda, 2012, p. 31).

O *judicial review*, a partir da supremacia da Constituição, começa a consolidar uma reestruturação da separação e divisão funcional dos poderes, porquanto o Judiciário passa a desempenhar a importante tarefa de promover o diálogo constitucional entre os poderes, com vistas à implementação dos direitos fundamentais por ações estatais coordenadas e racionais. Nesse contexto, a sociedade exige e reclama ao Judiciário por seus direitos, cabendo a este verificar a presença e adequação das políticas governamentais realizadoras destes direitos (Duarte, 2013, p. 36-37).

Diante do importante papel desempenhado pelo Judiciário no Estado de Direito, Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda (2012, p. 87) defende em seu trabalho a adoção de uma tese intermediária em que não se deve privilegiar o extremo de consagrar o Judiciário como protagonista da seara política, assumindo competência pertencente a Administração Pública, nem o extremo de impossibilitar o controle judicial de políticas públicas, enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais.

#### 4.2 CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS MEDIANTE PROCESSOS ESTRUTURAIS

Como visto, diante da omissão ou da atuação ineficiente da Administração Pública, será cabível a intervenção do Poder Judiciário, quando provocado, para corrigir as deficiências, porquanto a inexistência de políticas públicas adequadas representa uma violação à própria Constituição (SANTOS, 2020, p. 25-26).

Destarte, perde espaço a cognição que afasta o exame judicial de políticas públicas pela concessão de uma imunidade discricionária ao administrador público, e é fortalecido o entendimento quanto ao necessário respeito à legalidade e a imperativa efetivação dos direitos difusos da Constituição (Barros, 2012, p. 29).

A partir desta compreensão, importante análise deve ser feita quanto ao modelo processual utilizado para a apreciação do Judiciário. Em que pese o caráter essencialmente plural que envolvem as políticas públicas, as ações individuais têm sido as mais escolhidas para discussões sobre aquelas, o que não apenas inviabiliza a solução do cerne da problemática, como a agrava, desenvolvendo uma desigualdade entre o indivíduo que alcança a pretensão requerida e o indivíduo que não socorre judicialmente (Santos, 2020, p. 37-38).

É o caso já mencionado da insuficiência de vagas nas creches em São Paulo que motivou a propositura de milhares de ações individuais e a realização de 13.700 matrículas via encaminhamento judicial. Nesse contexto, a impossibilidade das creches de ofertar novas vagas e atender a demanda local revela um problema oculto e essencialmente estrutural: a ineficiência da estrutura da educação infantil.

Sendo assim, a solução da problemática perpassa necessariamente a criação e implementação de políticas públicas para a reestruturação da educação infantil, a fim de que as instituições educacionais estejam aptas a atender à demanda da população, prestando o serviço de modo adequado à toda coletividade. À vista disso, é evidente, como preceitua Sérgio Cruz Arenhart (2021, p. 1047-1048), a inadequação dos processos individuais para o enfrentamento do problema estrutural, na medida em que este modelo processual está centralizado nos interesses individuais das partes da lide, e não na discussão satisfatória acerca das políticas públicas envolvidas.

As ações individuais parecem impróprias, mas os processos coletivos também não apresentam resposta melhor à discussão das políticas públicas e à pretensão (re)estruturante, haja vista que as técnicas e o procedimento adotado são essencialmente os mesmos dos processos individuais. Em verdade, as ações coletivas funcionam sob a mesma dinâmica bipolar do processo individual, apenas contando com uma parte legitimada à proteção de interesses da sociedade – como o Ministério Público, mas sem oportunizar a manifestação da vontade coletiva (Arenhart, 2021, p. 1048-1051).

Nessa toada, para o exame judicial de políticas públicas no contexto de uma desconformidade estrutural, é imperativa uma mentalidade distinta do modelo processual tradicional, é necessário um procedimento que amplie a latitude de cognição judicial e inclua a participação da sociedade (Arenhart, 2021, p. 1051). Destarte, os processos estruturais ganham

espaço no Direito brasileiro como método adequado à realização de reformas na estrutura de instituições/entes e implementação de políticas públicas, a fim de concretizar direitos fundamentais (Nunes, 2021, p. 690-691).

Sabe-se que o processo estrutural é marcado por características típicas que o define, algumas delas são: (i) ter como centro da discussão uma situação de desconformidade estruturada; (ii) objetivar uma reestruturação desse estado de desconformidade, a partir de uma decisão que seja implementada de forma escalonada (Didier Júnior; Zaneti Júnior; Oliveira, 2020, p. 107-108). A implementação de decisão escalonada, ou o chamado ciclo de decisões, é um dos elementos que torna esse tipo de modelo processual adequado à análise judicial das políticas públicas envolvidas no litígio estrutural.

As políticas públicas, enquanto programas de atuação estatal com caráter procedimental, são marcadas por níveis de desenvolvimento e um conjunto de decisões de formulação, implementação e avaliação (Lacerda, 2012, p. 75-76). Clarice Seixas Duarte (2013, p. 25) vai dizer que os elementos fundamentais para a configuração de uma política pública se relacionam de forma a configurar um *ciclo* com um conjunto de etapas e atividades que envolvem a definição e implementação das políticas públicas.

À vista disso, a tomada de decisões estabelecida mediante progressão cíclica nos processos estruturais se encontra alinhada com o caráter procedimental das políticas públicas, ao passo que a imposição de conduta isolada nos processos tradicionais se mostra insuficiente ao fim de efetivação de direitos fundamentais a que propõem as políticas públicas (Vitorelli, 2020, p. 60-61).

Em síntese, havendo violação aos objetivos estatais, diante da inércia da Administração na efetivação da obrigação prestacional, o controle jurisdicional de políticas públicas é imperativo, essencialmente quando envolver problemas estruturais. Compreendido como uma função institucional constitucionalmente prevista, o controle por parte do Judiciário sobre os programas estatais de executividade dos direitos fundamentais não viola o princípio da separação dos poderes, na medida em que, em última análise, trata-se de controle de legalidade da atividade administrativa (Santos, 2020, p. 25-26).

#### 4.3 LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS MEDIANTE PROCESSOS ESTRUTURais: PROPOSTA A PARTIR DE *STANDARDS*

Para além da compreensão acerca do possível e necessário controle da Administração Pública pelo Judiciário, a discussão quanto aos limites desse controle se mostra igualmente

essencial, notadamente em atenção ao princípio da separação de poderes. Para tanto, merece destaque a compreensão de Gustavo Binenbojm e seu esforço em construir parâmetros que viabilizem uma adequada limitação do controle judicial da atuação administrativa, os quais foram concretizados em sua Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade.

O autor parte da compreensão de que houve uma mitigação da dicotomia atos vinculados e atos discricionários e que, em verdade, os atos administrativos podem ser classificados em graus de vinculação à juridicidade. Assim, Gustavo Binenbojm (2014, p. 39) defende que, quanto maior o grau de vinculação do administrador à juridicidade, maior será também o grau de controlabilidade judicial dos atos administrativos.

Por conseguinte, o Binenbojm (2008, p. 226) chega à conclusão de que a amplitude da controlabilidade judicial deve se dar segundo o critério jurídico-funcional, o que quer dizer que a densidade do controle judicial dependerá do grau de objetividade e exaustividade da norma, bem como dos procedimentos adotados e das competências e responsabilidades dos órgãos decisórios.

A partir disso, são então propostos cinco *standards* (parâmetros) para um adequado controle judicial sobre os atos administrativos, sendo eles: I) quanto maior o grau de objetividade da norma, mais intenso o grau de controle judicial; II) quanto maior o grau de tecnicidade da matéria decidida por órgãos especializados, menos intenso deve ser o grau de controle judicial; III) quanto maior o grau de politicidade da matéria decidida por agente eleito e legitimado, menos intenso deve ser o grau de controle judicial; IV) quanto maior o grau de efetiva participação social no processo decisório, menos intenso deve ser o grau de controle judicial; V) quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais, mais intenso o grau de controle judicial (Binenbojm, 2008, p. 239-240).

Por conseguinte, passa-se a uma análise mais aprofundada sobre cada um dos *standards*.

#### **4.3.1 Grau de objetividade da norma**

O primeiro standard proposto por Gustavo Binenbojm é quanto ao grau de objetividade da norma, de modo que se compreende que o exame judicial será proporcionalmente mais intenso na medida em que o comando normativo for mais objetivo na descrição da conduta esperada pelo administrador na hipótese do caso concreto (Binenbojm, 2008, p. 229).

A fim de exemplificar, impende chamar a atenção para a Lei nº13.756/18 que dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública e positiva em seu art. 5º, inciso XII, §4º, que no mínimo 5% dos recursos do FNSP devem ser destinados para o enfrentamento da violência

contra a mulher. Denota-se que o referido dispositivo revela um comando essencialmente objetivo – uma regra, indicando em porcentagem a delimitação quanto a alocação de recursos para a referida destinação.

Sendo assim, na hipótese do Judiciário ser provocado diante da omissão da Administração na implementação de políticas públicas no combate ao feminicídio, estabelecendo-se, assim, um processo estrutural para adoção de um plano nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres, deve-se ter em mente que o dispositivo supracitado – incidente na hipótese em análise – representa um comando normativo com alto grau de objetividade, de modo que o controle judicial será mais amplo.

Isso quer dizer que o magistrado poderá cobrar de forma mais expressiva uma determinada conduta por parte da Administração Pública - alocação de no mínimo 5% dos recursos do FNSP para o enfrentamento da violência contra a mulher. Trata-se, portanto, de observar o princípio da separação dos poderes e privilegiar a determinação do legislador, no exercício de sua função, de porcentagem mínima de recursos a serem investidos, de forma que ao gestor cabe o devido cumprimento da regra.

Em síntese, diante de uma atuação administrativa que viola direitos, o controle judicial se mostra imperativo, o qual se efetivará de acordo com o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame (Binenbojm, 2008, p. 239).

#### **4.3.2 Grau de tecnicidade da matéria decidida por órgãos especializados**

O segundo standard gira em torno do grau de tecnicidade da matéria decidida por órgãos especializados, propondo que, no caso concreto, quanto mais técnico for o conteúdo da decisão deliberada por órgãos especializados na matéria, menor deverá ser o grau de densidade do controle judicial sobre ela (Binenbojm, 2008, p. 240).

Como já demonstrado, o desastre de Mariana em 2015, consequência do rompimento da barragem de Fundão, se apresentou como um problema estrutural marcado por uma pluralidade de danos – impactos ambientais em extensa área e enorme contingente de cidadãos e pessoas jurídicas atingidas. Diante disso, foi ajuizada ação civil pública, em novembro de 2015, que objetivava a adoção de um conjunto de medidas para a reparação integral das áreas impactadas, bem como compensação pelas consequências do desastre, abarcando aspectos sociais e ambientais (Pavan, 2020, p. 3-4).

Nesse sentido, trata-se de um processo estrutural que pretende reestruturar um estado de coisas não considerado ideal, a partir de um conjunto de decisões a serem implementadas de

forma escalonada. Sendo assim, em que pese a importância da intervenção do Judiciário nesse caso, a fim de que seja possível uma coordenada reestruturação, é também imprescindível que o controle judicial se estabeleça de forma limitada.

Aplicando-se os *standards* propostos, denota-se que o caso em análise envolve o parâmetro quanto ao grau de tecnicidade da matéria decidida por órgãos especializados, na medida em que uma das dimensões da reestruturação a ser concretizada no processo estrutural é a reconstituição ambiental dos danos causados à vida marinha e terrestre local, matéria que requer necessariamente a análise e deliberação de órgãos técnicos e especializados.

Dentro desse contexto, apesar de inquestionável a possibilidade de controle judicial, no que tange a decisão de como se efetivar a recuperação do meio ambiente local, a amplitude desse controle deverá ser mais contida, estabelecendo-se em um menor grau. Assim se conclui, tendo em vista que o conteúdo da decisão agrega elevado grau de tecnicidade, de modo que cabe ao Judiciário respeitar as deliberações dos órgãos dotados de expertise sobre a matéria.

Trata-se, em verdade, de se observar o princípio da separação dos poderes, que divide as funções estatais, a fim de garantir que cada Poder exerça competências típicas de forma especializada, garantindo soluções e respostas mais adequadas às necessidades da sociedade. Nesse sentido, sabe-se que o juiz não detém conhecimentos técnicos sobre recuperação ambiental, de forma que não se encontra apto a identificar a melhor decisão a ser tomada no caso, devendo, portanto, privilegiar a deliberação da autoridade com especialização técnico-funcional relacionada à matéria (Binenbojm, 2008, p. 241).

#### **4.3.3 Grau de politicidade da matéria decidida por agente eleito e legitimado**

O terceiro standard versa sobre o grau de politicidade da matéria decidida por agente eleito e legitimado, a partir da compreensão de que quanto mais político for o conteúdo da decisão tomada por agente legitimamente eleito, no caso concreto, menor deve ser o grau de densidade do controle judicial sobre ela (Binenbojm, 2008, p. 239).

Tomando como exemplo o caso das creches em São Paulo, como evidenciado anteriormente, a insuficiência de vagas para todas as crianças que pleiteavam matrícula nas creches se mostrou um problema estrutural que feria o direito das crianças à educação infantil. Diante da falha administrativa na efetivação de direitos, o controle judicial se mostra imperativo para uma necessária reestruturação do sistema de ensino infantil, a partir de um processo estrutural que tenha como fim último garantir às crianças o adequado acesso às creches.

Entretanto, essa intervenção do Judiciário não pode ser ilimitada, cumprindo destacar que o standard quanto ao grau de politicidade da matéria decidida por agente eleito e legitimado influenciará na amplitude da controlabilidade judicial sobre o caso em tela. Nesse contexto, há de se esclarecer que a readequação do sistema educacional infantil impõe a implementação de políticas públicas que, conforme visto, são programas de atuação estatal que visam a realização fática de direitos fundamentais sociais (Lacerda, 2012, p. 75-76).

As políticas públicas são uma simbiose entre Direito e Política (Smanio, 2013, p. 6), estando definidas como programas de atuação estatal que visam a realização fática de direitos fundamentais diretamente vinculados à Constituição, mas também são fruto de uma decisão política do gestor (Lacerda, 2012, p. 33).

Com isso, denota-se que a oferta de quantidade suficiente de vagas em creches para todas as crianças tem como finalidade a efetivação do direito à educação infantil, de modo que é imperativa a atuação administrativa nesse sentido, sob pena de determinação de cumprimento pelo Judiciário. Entretanto, não se deve perder de vista que ao Executivo cabe a opção do meio/forma em que se concretizará esse direito, sendo essa decisão essencialmente política.

Como sabido, de acordo com a repartição funcional pela separação dos poderes, ao Executivo foi atribuída a função típica de administrar a coisa pública e executar o direito. Nesse sentido, a esse Poder foi dada legitimidade para representar a população e, assim, eleger prioridades de governo e decidir como serão alocadas as verbas em cada setor (Moraes, 2011, p. 487-488). Portanto, a decisão de como garantir que as crianças acessem às creches é uma decisão política, que deverá ser deliberada pela Administração à luz do interesse público.

Destarte, é cabível que o sistema de ensino infantil seja reestruturado a partir da ampliação ou criação de novas creches públicas, ou ainda por um programa que permita o ingresso das crianças em creches particulares mediante pagamento do poder público. Assim, dentre as opções autorizadas pelo ordenamento jurídico, haverá uma margem de discricionariedade concedida ao gestor para que escolha a melhor alternativa, no caso concreto, com vistas ao alcance do interesse público e de acordo com as prioridades de governo.

Assim, conforme o terceiro standard, mesmo na decisão de alto grau político quanto ao meio de efetivação do direito à educação infantil tomada por agente eleito e legitimado, não está afastado o controle judicial, mas este apenas deve se realizar de forma menos ampla.



#### **4.3.4 Grau de efetiva participação social, seja direta ou indireta, no processo de deliberação que resultou na decisão**

O quarto standard diz respeito ao grau de efetiva participação social, seja direta ou indireta, no processo de deliberação que resultou na decisão. A partir deste parâmetro, se estabelece que haverá no caso concreto uma amplitude menor de controlabilidade judicial, na medida em que se observa uma maior participação social envolvida no processo decisório (Binenbojm, 2008, p. 240-241).

Relacionando o referido standard às circunstâncias práticas, destaca-se o plebiscito de 2005, no qual a população brasileira foi consultada a respeito de possível alteração de dispositivo do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) que passaria a prever a proibição do comércio de armas de fogo e munições no país. Na época, 63% dos cidadãos votaram contra a proibição e esse resultado foi determinante para o tratamento da questão no país.

Nesse contexto, toma-se como exemplo a hipótese de o Judiciário ter sido provocado por omissão da Administração na implementação de políticas públicas para conter a expansão do armamento no país e seus efeitos nocivos à segurança pública, pleiteando, assim, a reestruturação da política de controle de armas mediante processo estrutural.

Sobre essa hipótese, evidencia-se que, em que pese seja cabível a intervenção judicial para mitigar violações a direitos fruto das consequências negativas da expansão da armamentos, o controle judicial deverá observar e respeitar a deliberação popular que, em sua maioria, concordou com a comercialização de armamentos no país, de modo que a amplitude da controlabilidade deverá ser reduzida.

Destaca-se, portanto, a importância da participação popular no processo decisório, notadamente levando em conta que as decisões sobre a matéria - comercialização de arma de fogo e munição - impactam não apenas na indústria de armas e na economia, mas na sociedade brasileira como um todo, de modo que a vontade popular não pode ser ignorada.

Nesse cenário, o quarto standard chama a atenção para a necessidade de privilegiar o valor da legitimidade democrática, de forma que, quando do exercício do exame judicial no processo estrutural, deve ser estabelecido um grau menos intenso de controle pelo Judiciário, respeitando a efetiva participação social no processo decisório que demonstrar um elevado grau de consensualidade em torno da matéria (Binenbojm, 2008, p. 240).

#### 4.3.5 Grau de restrição imposto a direitos fundamentais

O quinto standard analisa o grau de restrição imposto a direitos fundamentais para definir a amplitude da controlabilidade judicial, compreendendo que, diante de um caso concreto em que se identifique uma profunda violação aos direitos fundamentais, caberá a intervenção do Judiciário de forma proporcionalmente mais expressiva (Binenbojm, 2008, p. 240).

Destarte, impende evidenciar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, ajuizada perante o Superior Tribunal Federal, em 2015, que declarou o ECI – Estado de Coisas Inconstitucional – do sistema carcerário brasileiro, diante das graves lesões a direitos fundamentais perpetradas nos cárceres do país. Denunciou-se a vida prisional marcada por celas superlotadas, insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida de baixa qualidade, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, dentre outros elementos que demonstram o cenário desumano das prisões brasileiras (Lemos; Cruz, 2017, p. 20-21).

Diante desse cenário, a referida ADPF reconheceu o ECI e a patente restrição de diversos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988, tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a vedação as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX), dentre outros. Para além do reconhecimento, estabeleceu-se uma série de medidas voltadas à reestruturação do sistema carcerário brasileiro, a fim de conformá-lo às normas constitucionais, a partir de um processo estrutural.

Nesse contexto, revela-se a necessidade de que o controle judicial seja mais intenso na medida em que há um maior grau de restrição a direitos fundamentais, notadamente em razão da proteção dos direitos básicos dos cidadãos deter posição central e prioritária no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que caberá ao Judiciário – como guardião da Constituição – identificar e corrigir possíveis violações a direitos fundamentais (Binenbojm, 2008, p. 240-241).

#### 4.3.6 Concorrência de *standards*

Passada a análise individual dos *standards*, impende salientar que não é rara a concorrência entre eles em situações de equacionamento mais complexo. Nessa senda, há circunstâncias em que todos os *standards* incidentes no caso apontam em um mesmo sentido,

como quando há concorrência entre o grau de tecnicidade da matéria e o grau de participação social, ambos indicando uma postura de autocontenção judicial (Binenbojm, 2008, p. 240-241).

Em contrapartida, também é possível que os *standards* apontem em sentidos contrários, tal como na concorrência entre o grau de politicidade da matéria e o grau de restrição a direitos fundamentais, no que caberá um juízo de ponderação entre os parâmetros e, em determinadas circunstâncias, a definição de prioridades. Nessa hipótese, a preferência do juiz deverá ser sempre a proteção dos direitos fundamentais (Binenbojm, 2008, p. 240-241).

Sendo assim, na hipótese exemplificativa supracitada quanto ao grau de objetividade da norma, denota-se que, por um lado, a determinação de no mínimo 5% dos recursos para o enfrentamento da violência contra a mulher, disposta na Lei sobre o FNSP, representa uma amplitude maior de controlabilidade judicial, no tocante à alocação mínima de recursos. Entretanto, por outro lado, há também uma contenção do controle judicial quanto ao grau de politicidade que envolve a decisão administrativa, por agente legitimado, de alocar mais do que 5% do FNSP ou se manter no limite, visto que se trata de uma escolha a ser baseada no interesse público envolvido e nas prioridades de governo.

Portanto, chama-se a atenção que é possível a incidência de mais de um standard em um mesmo processo estrutural, ou até todos eles, tendo em vista a complexidade e multiplicidade dos aspectos envolvidos neste tipo de procedimento.

Em síntese, a proposta de Gustavo Binenbojm é de definir parâmetros, a partir de um critério jurídico-funcional, que subsidiem a limitação do controle do Judiciário na realidade fática, representando importante contribuição para o alcance de um adequado controle da atuação da Administração Pública, sobretudo em observância ao princípio da separação dos poderes.

Em especial no tocante a implementação de políticas públicas mediante processos estruturais, é ainda mais significativa a definição de *standards* para a delimitação do controle judicial, tendo em vista que a interferência do Judiciário em políticas públicas e seu estabelecimento por processos estruturais são questionados à luz da teoria clássica da separação dos poderes. Entretanto, a proposta de Gustavo Binenbojm surge no contexto de construção de uma nova visão desta teoria, inaugurado com a Constituição Federal de 1988, a qual pretendeu privilegiar a cooperação entre os poderes e a corresponsabilidade deles na efetivação dos direitos fundamentais.

Com isso, chega-se à compreensão de que o controle judicial de políticas públicas mediante processos estruturais não representa violação ao princípio da separação dos poderes, quando seu exercício se encontra devidamente limitado pelo ordenamento jurídico. De modo

diverso, ele é fruto da própria essência deste princípio que objetiva garantir, primordialmente, a eficiência da prestação estatal e a devida execução do direito.

## 5 CONCLUSÃO

No prelúdio do presente estudo, parte-se da compreensão acerca dos problemas estruturais, que tem definição mais ampla como um estado de coisas não ideal que necessita de reorganização, podendo ser uma instituição pública, como o sistema carcerário em *Holt v. Sarver*, ou uma questão ambiental local, como o desastre em Mariana, ou ainda uma recuperação judicial de empresas. Apesar de possuírem naturezas distintas, tais circunstâncias se aproximam pela necessidade que compartilham de serem gradualmente reestruturadas, de tal forma que uma decisão meramente declaratória ou que determine uma medida pontual não seria capaz de solucionar um litígio estrutural.

Como visto, os problemas estruturais são geralmente marcados por vincularem alta complexidade, serem policêntricos, com uma multiplicidade de interesses envolvidos, o que torna os processos tradicionais inadequados para sua solução, pois estes funcionam a partir de uma dinâmica bipolar que observa apenas os interesses das partes no litígio, tanto nas ações individuais, quanto nas coletivas. A partir dessa compreensão, os processos estruturais surgem como instrumento processual adequado à solução de problemas estruturais, na medida em que são mais flexíveis, consensuais e programáticos.

Ainda em desenvolvimento, não há um consenso doutrinário quanto aos elementos conceituais e às características que podem ser consideradas como típicas dos processos estruturais. Nesse sentido, uma conceituação mais ampla é o que defende o presente estudo, não os limitando a estarem ligados à reestruturação apenas de entes e instituições públicas. Em que pese as divergências, é praticamente unânime na doutrina que a reestruturação a partir de um ciclo de decisões é uma característica essencial dos processos estruturais, haja vista que a decisão que determina uma conduta isolada não seria adequada a reorganizar um estado de coisas.

Um ponto de tensão na abordagem conceitual dos processos estruturais, que toca diretamente o dilema deste estudo, é que alguns doutrinadores, como Francisco de Barros e Silva Neto, compreendem que existe sempre uma carga de ativismo judicial envolvida nos processos estruturais, tendo em vista que estes surgem em um contexto social marcado por movimentos pelos direitos civis nos Estados Unidos, no qual o Judiciário empreendeu esforços para reconstruir a realidade social à época.

Em contrapartida, em que pese a origem dos processos estruturais esteja atrelada a um certo ativismo judicial, esse protagonismo não acompanhou o desenvolvimento do procedimento estrutural, o qual é atualmente marcado pela consensualidade e pela negociação,

de forma que a decisão estrutural não reflete a vontade e o entendimento unilateral do magistrado, mas resulta da colaboração das partes e da participação da sociedade.

O debate quanto a presença de ativismo judicial nos processos estruturais é ainda muito latente, notadamente porque toca em outra discussão, quanto a questionada legitimidade do Judiciário em determinar a reestruturação de um ente ou instituição pública, haja vista que seria uma atribuição reservada ao Executivo. Nesse contexto, teme-se que a atuação do Judiciário nos processos estruturais represente um possível desequilíbrio entre os poderes.

Diante do citado dilema, este trabalho trouxe à baila importante compreensão quanto ao princípio da separação dos poderes, que se encontra positivado no art. 2º da Constituição Federal de 1988, e representa a repartição das funções estatais em três poderes, os quais detém autonomia e independência para exercer suas competências típicas e atípicas. Acontece que, com a consolidação do Estado Social e a ampliação das atribuições estatais, ficou clara a insustentabilidade de uma separação absoluta entre os poderes, bem como a urgência de uma maior comunicação e cooperação entre eles.

Para o alcance de maior eficiência no aparelho estatal, denota-se que o sistema de controle recíproco entre os poderes é imprescindível, o qual estabelece o controle de um Poder sobre o outro, a fim de que se identifique possíveis atuações insatisfatórias ou abusivas e, assim, corrigi-las, garantindo o adequado funcionamento das competências estatais.

Destarte, buscou-se o aprofundamento do controle sobre os atos da Administração Pública, explicitando a existência do controle interno, do controle legislativo, do controle popular e especialmente do controle judicial. Em que pese todos os tipos de controles detenham importância significativa, o presente estudo focou no controle exercido pelo Judiciário, notadamente em razão de que a este Poder foi delegada a responsabilidade de garantir o cumprimento adequado da efetivação dos direitos sociais pelos poderes públicos.

No que concerne ao controle judicial, primeiro cuidou-se de demonstrar a inequívoca possibilidade de revisão da atuação administrativa pelo Judiciário, a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição (Brasil, 1988, art. 5º, inc. XXXV). Posteriormente, passou-se ao questionamento quanto ao objeto nuclear do controle judicial, o qual sempre foi alvo de sensíveis debates.

A priori, o entendimento majoritário era de que ao Judiciário só seria cabível o exame quanto à legalidade estrita, ou seja, os aspectos formais do ato administrativo, ao passo que o mérito do ato, centralizado no juízo de conveniência e oportunidade da Administração, não poderia ser fiscalizado pelo Judiciário, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes.

Nesse contexto, foi estabelecida uma diferenciação dos atos administrativos em atos discricionários e atos vinculados. Os primeiros compreendidos como prerrogativa concedida à Administração Pública de escolher a melhor conduta a ser tomada para o alcance do interesse público, diante da inexistência de previsão normativa que exaure todos os elementos necessários à aplicação da norma ao caso concreto. Do lado oposto, os atos vinculados são entendidos como aqueles que refletem a exata determinação normativa, visto que a norma aponta uma única conduta cabível de ser adotada pela Administração.

Diante da dicotomia atos vinculados *versus* atos discricionários, o controle judicial estaria restrito basicamente aos primeiros, porquanto cabe ao Judiciário analisar apenas se os elementos dispostos na norma foram observados no ato administrativo. Em que pese o exame judicial de fato se encontre limitado pela legislação, a compreensão de que o núcleo do ato discricionário – o mérito administrativo - estaria desvinculado da juridicidade o afastava do controle judicial.

Paulatinamente essa dicotomia foi sendo mitigada, conforme os princípios e valores constitucionais passaram a vincular diretamente a atuação da Administração Pública, compreendendo-se que o mérito administrativo se encontra sempre vinculado em alguma medida ao ordenamento jurídico. Com isso, Gustavo Binbenbom chegou à Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade, na qual estabelece que os atos administrativos se diferenciam quanto ao grau que estão vinculados à juridicidade.

Destarte, da compreensão de que os atos administrativos estão sempre vinculados ao ordenamento jurídico, mas apenas de forma mais ou menos ampla, extraiu-se que a controlabilidade judicial dos atos administrativos será proporcional à amplitude da vinculação destes à juridicidade. Para além disso, a densidade do controle também é influenciada pelo procedimento que originou o ato administrativo, bem como pela competência e responsabilidade do órgão decisório.

Em síntese, alinhando-se com o que defendeu Gustavo Binbenbom, este estudo entende que o controle judicial sobre a atuação administrativa deve ser limitado com base no critério jurídico-funcional, a partir do qual é possível definir *standards* para um adequado exame dos atos administrativos pelo Judiciário. Assim, citam-se cinco parâmetros, os quais estão ligados ao grau de objetividade da norma; ao grau de tecnicidade da matéria decidida por órgãos especializados; ao grau de politicidade da matéria decidida por agente eleito e legitimado; ao grau de efetiva participação social no processo decisório; e ao grau de restrição imposto a direitos fundamentais.

Ainda sobre o controle judicial da atuação administrativa, mas mais precisamente no tocante ao controle de políticas públicas mediante processos estruturais, destaca-se que os limites do exame do Judiciário são ainda mais questionados.

Como visto, as políticas públicas são programas estatais para a realização de direitos fundamentais sociais, perpassando simultaneamente Política e Direito. Estão atreladas à Política, na medida em que envolvem uma decisão do gestor quanto a alocação de verbas, baseando-se em determinada prioridade de governo. Entretanto, as políticas públicas também são consideradas um fenômeno jurídico, haja vista que objetivam a concretização de direitos e o alcance de objetivos sociais eleitos constitucionalmente.

Sendo assim, não tem mais espaço a compreensão que afasta o controle judicial de políticas públicas, por as definirem como decisões pertencentes apenas a esfera política, haja vista que, de modo diversos, estas estão inseridas no ordenamento jurídico e se encontram diretamente vinculadas à Constituição, a qual impõe a devida implementação das políticas públicas.

Para além disso, este estudo chamou a atenção ao caráter procedimental das políticas públicas, as quais são formadas por um conjunto de decisões de formulação, implementação e avaliação, a ser determinado em um plano de atuação. Nesse contexto, os processos estruturais surgem como um procedimento mais adequado ao controle judicial de políticas públicas, na medida em que se fundamenta em uma maior flexibilidade, consensualidade, participação social e, sobretudo, no estabelecimento de um ciclo de decisões, se relacionando intrinsecamente com o caráter procedimental das políticas públicas.

Por fim, a partir da análise de todos os elementos que formam o dilema basilar do presente trabalho, conclui-se primordialmente que, diante de falha ou omissão da Administração na implementação de políticas públicas, será cabível e exigível, o exercício do devido controle pelo Judiciário, a partir de processos estruturais, desde que devidamente limitado. Defende-se, finalmente, a limitação deste controle judicial a partir de cinco *standards* propostos por Gustavo Binbenbojm, à luz de sua Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade e do critério jurídico-funcional, acreditando, assim, no alcance de um adequado e equilibrado controle.



## REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 225, p. 389-410, 2013. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod\\_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf). Acesso em: 1 jun. 2023.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021. p. 1047-1048.
- BADAWI, Karina Bonetti. **Separação dos poderes no Brasil e a teoria de Bruce Ackerman**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/23085>. Acesso em: 19 jun. 2023.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva. Das ações coletivas aos processos estruturais: as formas de tutela diferenciada dos direitos fundamentais. *In*: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (org.). **Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Fi, 2019. p. 379-406.
- BARROS, Sérgio Resende. Políticas públicas e o poder judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 2, n. 2, p. 29-38, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1704/pdf7>. Acesso em: 11 maio 2023.
- BASILIO, Ana Luiza. Por dia, 70 famílias recorrem à Justiça para conseguir vaga em creches. **Carta Capital**, São Paulo, 16 jun. 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/educacao/por-dia-70-familias-recorrem-a-justica-para-conseguir-vaga-em-creches/>. Acesso em: 12 nov. 2022.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **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](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 jun. 2023.
- BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 138, n. 133, p. 1-5, 11 jul. 2001.
- BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm,

define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 140, n. 249, p. 1-3, 23 dez. 2003.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 51, p. 1-51, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/03/2015&jornal=1&pagina=10&totalArquivos=128>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRAISL. Lei nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018. Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 155, n. 239, p.1-7, 13 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Brasília, DF: STJ, [201-]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>. Acesso em: 8 maio 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. *In*: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 265-290.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 75, p. 101-136, 2020. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie\\_Didier\\_jr\\_%26\\_Hermes\\_Zaneti\\_Jr\\_%26\\_Rafael\\_Alexandria\\_de\\_Oliveira.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf). Acesso em: 10 maio 2023.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 17. ed. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022.

DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16-43.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinicius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

FREITAS, Raquel. Tragédia de Mariana, 5 anos: sem julgamento ou recuperação ambiental, 5 vidas contam os impactos no período. **G1 Minas**, Belo Horizonte, 5 nov. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/11/05/tragedia-de-mariana-5-anos-sem-julgamento-ou-recuperacao-ambiental-5-vidas-contam-os-impactos-no-periodo.ghtml>. Acesso em: 19 jun. 2023.

GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019a.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos Estruturais: identificação, funcionamento e finalidade**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2022.

GALDINO, Matheus Souza. Processos estruturais: uma transição entre estados de coisa para a tutela dos direitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 358-385, 2019b. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/41950>. Acesso em: 15 maio 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. **Controle de políticas públicas na justiça do trabalho**. Curitiba: CRV, 2012.

LE MOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira; CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Análise do estado de coisas inconstitucional na adpf 347 e seu papel como instrumento na efetivação da política pública carcerária. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, São Luís, v. 3, n. 2, p. 18-40, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/2300/pdf>. Acesso em: 8 abr. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Dierle *et al.* Processo estrutural e litigância de interesse público. *In*: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (org.). **Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Fi, 2019. p. 379-406.

NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021. p. 687-702.

PAVAN, Luiz Henrique Miguel. da solução de conflitos no âmbito do desastre de mariana: uma metamorfose ambulante. **Direito Público**: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado, v. 17, n. 1, 7, p. 95-115, 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/44449?locale=en>. Acesso em: 8 abr. 2023.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle Judicial da Administração Pública**: da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

PINTO, Henrique Alves. O enquadramento das decisões estruturais no Novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 271, p. 369-402, 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/113335>. Acesso em: 3 maio 2023.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro. São Paulo: Ed. Renovar, 2013.

SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. **O processo estrutural no controle jurisdicional de políticas públicas**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03052021-003309/pt-br.php>. Acesso em: 4 abr. 2023.

SILVA NETO, Francisco de Barros e. Breves considerações sobre os processos estruturais. **Civil Procedure Review**, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 75-88, 2019. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/revista/article/view/185>. Acesso em: 3 maio 2023.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3-15.

VIOLIN, Jordão. Holt V. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 637-686.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 284, p. 333-369, 2018. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod\\_resource/content/1/LEVANDO\\_OS\\_CONCEITOS\\_A\\_SERIO\\_PROCESSO\\_ES%20%281%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20%281%29.pdf). Acesso em: 8 maio 2023.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.