

EM BUSCA DA FORMA ADEQUADA DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

IN SEARCH OF THE ADEQUATE WAY TO
RESOLVE STRUCTURAL DISPUTES IN THE LIGHT
OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

LILLIAN ZUCOLOTE DE OLIVEIRA¹

LUIZ ALBERTO PEREIRA RIBEIRO²

RESUMO

Considerando a presença, na sociedade contemporânea, cada vez mais expressiva de litígios estruturais caracterizados pela multipolaridade, complexidade e conflituosidade, torna-se necessário buscar a forma mais adequada de solucionar tais conflitos sendo este, portanto, o objetivo do presente trabalho. A pesquisa se justifica diante da importância de que o direito se mantenha sensível às transformações operadas na sociedade e seja capaz de solucionar adequadamente os conflitos existentes. Para tanto, abordou-se, primeiramente, as noções introdutórias sobre litígios estruturais para, posteriormente, expor as cinco formas possíveis de tratar tais conflitos. Utilizou-se do método dedutivo a partir da revisão bibliográfica de importantes doutrinadores pátrios, do exame de documentos legislativos do ordenamento jurídico brasileiro e dos relatórios do Conselho Nacional de Justiça. No decorrer do trabalho, constatou-se que o termo de ajustamento de conduta tem maior potencial de solucionar litígios estruturais quando comparado com as demais alternativas.

Palavras-chave: acordo coletivo; medidas estruturais extrajudiciais; soluções negociadas; termo de ajustamento de conduta.

- 1 Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela PUCPR. Especialista em Direito Extrajudicial pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1243-4354>
- 2 Doutor em Direito pela PUCPR. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor Adjunto do Curso de Direito da PUCPR e da UEL. Professor do Mestrado em Direito Negocial da UEL. Advogado. ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0002-0313-1095>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

OLIVEIRA, Lillian Zucolote de; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. Em busca da forma adequada de solução de litígios estruturais à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 242-258, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8997>.

ABSTRACT

Considering the presence, in contemporary society, increasingly expressive of structural disputes characterized by multipolarity, complexity and conflict, it becomes necessary to seek the most appropriate way to resolve such conflicts, which is, therefore, the objective of the present work. The research is justified in view of the importance that the law remains sensitive to changes in society and is able to adequately resolve existing conflicts. In order to do so, it was first approached the introductory notions about structural disputes and, later, expose the five possible ways of dealing with such conflicts. The deductive method was used from the bibliographic review of important national scholars, documental research through the examination of legislative documents of the Brazilian legal system, as well as research in primary source. In the course of the work, it was found that the term of conduct adjustment has greater potential to resolve structural disputes when compared to the other alternatives.

Keywords: *collective agreement; extrajudicial structural measures; negotiated solutions; conduct adjustment term.*

1. INTRODUÇÃO

É inegável que os litígios coletivos, neles inseridos os litígios estruturais, fazem parte da sociedade contemporânea. A globalização, o desenvolvimento de novas relações jurídicas e o crescimento das estruturas burocráticas públicas e privadas produzem a emergência de situações que não mais dizem respeito a uma única pessoa ou a algumas pessoas consideradas em sua individualidade, mas, pelo contrário, o que se sobressai são cada vez mais conflitos envolvendo um grande número de pessoas concebidas pela sua coletividade e que podem ser subdivididas em diversos subgrupos compostos por sujeitos que sofrem os resultados da violação de formas e em intensidades distintas. Nota-se, assim, o crescimento de litígios caracterizados pela sua multipolaridade, complexidade e conflituosidade.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a forma mais adequada para solucionar litígios estruturais, bem como examinar o potencial que o termo de ajustamento de conduta tem em solucionar tais litígios. A pesquisa se justifica diante da importância de que o direito se mantenha sensível às transformações operadas na sociedade e seja capaz de solucionar adequadamente os conflitos existentes. A pesquisa tem cunho teórico e será desenvolvida à luz do método dedutivo. Para tanto, é realizada a pesquisa a partir da revisão bibliográfica de importantes doutrinadores pátrios que tratam acerca do Direito Constitucional e Direito Processual Civil, do exame de documentos legislativos do ordenamento jurídico brasileiro e da consulta ao relatório do Conselho Nacional de Justiça.

A fim de atingir o objetivo almejado, o presente trabalho está estruturado em quatro partes. A primeira trata sobre os litígios estruturais para apresentar sucintamente as diversas concepções acerca da referida categoria de litígios. A segunda parte começa a delinear os cinco caminhos que podem ser escolhidos diante de um litígio estrutural e foca principalmente nos três primeiros, isto é, aguardar a atuação do poder executivo e/ou legislativo e atuar por meio do processo civil tradicional pela via individual e coletiva. A terceira parte se volta para o estudo da quarta via, qual seja: os processos estruturais. Por fim, aborda-se sobre as medidas estruturais extrajudiciais, em especial o Termo de Ajustamento de Conduta.

2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS

É cediço que, ainda que de maneira lenta e gradual, o direito busca acompanhar as mudanças da sociedade, razão pela qual deve se manter sensível às transformações a fim de que seja capaz de solucionar adequadamente os conflitos de interesses que dela emergirem. Com o advento dos direitos de segunda geração e do desenvolvimento do Estado Social (e, posteriormente, do Estado Democrático de Direito), nota-se a urgência de um maior intervencionismo estatal voltado à proteção da dignidade humana, à efetivação dos direitos fundamentais e à redução das desigualdades.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 insere inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, de modo que os atos da vida civil passam a ser limitados pela dignidade da pessoa humana, função social do contrato, boa-fé objetiva, princípio da solidariedade, dentre outros preceitos constitucionais (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017, p. 270-271). Conjointamente com esse processo chamado de “constitucionalização do direito civil”, verifica-se também a alteração do sistema processual civil brasileiro a partir da introdução de instrumentos voltados à tutela dos direitos transindividuais, especialmente a partir da publicação da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985) que se volta para a proteção de interesses difusos ou coletivos, bem como do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990) que dividiu e conceituou em seu artigo 81, parágrafo único, as espécies da tutela coletiva³.

Historicamente, os conceitos tradicionais de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do CDC possuem grande importância, haja vista que foram desenvolvidos em um momento em que os conflitos coletivos começavam a ser direcionados à tutela do Poder Judiciário. Contudo, com o passar do tempo, constatou-se a insuficiência de tais conceitos pelo fato de terem como ponto de partida a análise abstrata dos direitos sem levar em consideração as características concretas dos litígios, ou seja, a respectiva classificação é, sob o ponto de vista prático, é inútil, não obstante o valor histórico estabelecido na classificação do CDC, razão pela qual o estudo da tutela coletiva deve se fundamentar no litígio coletivo empiricamente observado (VITORELLI, 2020, p. 45).

Para o autor os litígios coletivos são divididos em três categorias: litígios coletivos de difusão global (ou litígios globais)⁴, litígios coletivos de difusão local (litígios locais)⁵ e litígios coletivos de difusão irradiada (litígios irradiados)⁶. No que tange ao presente trabalho, merece

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

4 Segundo Edilson Vitorelli (2020, p. 33), “litígios coletivos globais são aqueles que afetam a sociedade de modo geral, mas que repercutem minimamente sobre os direitos dos indivíduos que a compõe”.

5 Segundo Edilson Vitorelli (2020, p. 34), “litígios coletivos locais são aqueles em que o litígio, embora coletivo, atinge pessoas determinadas, em intensidade significativa, capaz de alterar aspectos relevantes de suas vidas”.

6 Segundo Edilson Vitorelli (2020, p. 42), litígios coletivos irradiados são aqueles “que atingem pessoas determinadas, mas o fazem de formas e intensidades distintas e variadas, sem que entre elas exista qualquer tipo de perspectiva uniforme em relação ao conflito”.

destaque o estudo dos litígios irradiados, haja vista que os litígios estruturais são compreendidos, na visão do autor ao qual assim adotamos, como espécies deles. Em síntese, os litígios irradiados são caracterizados pelo fato de serem verdadeiros “megaconflitos”, isto é, altamente complexos em face da existência de inúmeras possibilidades de solução e, também, por envolverem problemas policêntricos de modo que há diversos subgrupos envolvidos, os quais são afetados de formas e intensidades diferentes (elevada conflituosidade entre os indivíduos e os subgrupos) e não possuem a mesma perspectiva do litígio (VITORELLI, 2020, p. 37-42).

Os litígios estruturais mantêm as características dos litígios irradiados (elevada complexidade e conflituosidade), mas se diferenciam em razão da causa do problema e da sua solução. A partir dos ensinamentos de Edilson Vitorelli é possível concluir que, segundo ele, a causa do litígio estrutural deve ser necessariamente o mau funcionamento de uma estrutura burocrática pública ou privada e que a solução dos litígios somente será alcançada a partir da reestruturação do próprio funcionamento da estrutura. Ressalta-se que, nessa concepção, o termo “estrutura burocrática” corresponde a “uma instituição, um conjunto de instituições, uma política ou um programa público” (BARROS, 2021, p. 30; VITORELLI, 2020, p. 52-53).

Nesse contexto, é importante destacar que não há um consenso em torno da conceituação dos litígios estruturais. Há autores⁷, especialmente aqueles que se baseiam na doutrina norte-americana, que limitam os litígios estruturais apenas àquelas situações que tiverem relação com a ineficácia de políticas públicas ou questões de interesse público. Essa concepção, no entanto, é criticável em face da atual impossibilidade de se promover exata separação entre interesse público e interesse privado. Segundo Felipe Barreto Marçal (2021, p. 62), “ambas as esferas pública e privada estão fortemente conectadas” de modo que não há mais razão em tentar dissociá-las. Nesse sentido é também o entendimento de Marcela Pereira Ferraro (2015, p. 37) ao afirmar que “quando se está diante de um caso estrutural, de uma violação estrutural de direitos, tal cisão [entre público e privado] torna-se basicamente irrealizável”.

Além disso, à medida que se constata que no mundo contemporâneo as instituições privadas (ou conglomerados empresariais) geram cada vez mais impacto na vida das pessoas, por vezes maiores do que a própria atuação estatal, perde qualquer sentido a tentativa de restringir os litígios estruturais aos ramos do direito público. O objetivo principal do direito é garantir a tutela adequada para cada tipo de problema, assim, nada mais lógico que conceber os litígios estruturais como aqueles decorrentes de relações públicas e privadas (MARÇAL, 2021, p. 62-63; VITORELLI, 2020, p. 52-53).

Em sentido mais abrangente, há autores que defendem que nem sempre os litígios estruturais terão relação com a (re)estruturação de uma estrutura burocrática. Segundo Felipe Barreto Marçal (2021, p. 62) e Marcela Pereira Ferraro (2015, p. 2-3), os litígios estruturais podem ser resolvidos a partir da adoção de práticas ou condutas pontuais sem a necessidade de criação ou modificação de uma estrutura. Tal posição vai de encontro à concepção de Vitorelli (2020, p. 52-53) segundo o qual a solução dos litígios somente será alcançada a partir da reestruturação da estrutura burocrática.

7 Felipe Barreto Marçal (2021, p. 68) cita como exemplo de autores que limitam a aplicação das medidas estruturantes às políticas públicas, os seguintes: Marco Antonio dos Santos Rodrigues, Rodrigo Girmondi, Marco Felix Jobim, Desirê Bauermann, Luís Henrique Vieira e Luiz Henrique Borgez Varella. Importante esclarecer que o termo “medidas estruturantes” corresponde às prestações que se voltam para a solução de litígios estruturais (também chamados de litígios policêntricos, multipolares ou multifocais) (MARÇAL, 2021, p. 34).

Também de forma mais ampliativa, Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 104) concebem o litígio estrutural (chamado por eles de problema estrutural⁸) a partir da existência de um estado de desconformidade estruturada que pode advir de condutas lícitas ou ilícitas e que exige uma intervenção (re)estruturante para ser solucionada. Contudo, diferentemente de Vitorelli, referidos autores (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 107) deixam claro que a reestruturação recai sobre o estado de desconformidade e não necessariamente em relação a uma instituição pública ou privada.

Diante disso, constata-se que a doutrina brasileira ainda não chegou em um consenso em relação aos conceitos e características dos litígios estruturais. Nesse viés, deve se ter em mente que todos os posicionamentos apresentados são valiosos para a construção de uma teoria voltada a solução de tais litígios, contudo no presente trabalho adota-se a concepção de Edilson Vitorelli, sem que com isso sejam desconsideradas as contribuições dos demais autores citados alhures. Feitas tais condições iniciais, passa-se ao estudo dos cinco caminhos que podem ser escolhidos diante de um litígio estrutural.

3. DO PODER EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO E DO PROCESSO CIVIL TRADICIONAL INDIVIDUAL E COLETIVO

Diante de um litígio estrutural nota-se o aparecimento de cinco caminhos a serem percorridos: (i) nada fazer e esperar que o poder executivo ou legislativo aja, (ii) atuar por meio de demanda individual, (iii) atuar por meio de demanda coletiva, (iv) atuar por meio do processo estrutural ou (v) atuar por meio de medidas estruturais extrajudiciais. A primeira das opções parece irrazoável, uma vez que a existência de um litígio, seja ele individual ou coletivo, pressupõe a presença de violações a direitos merecedores de tutela. Nesse ínterim, se sobressai o debate acerca da suposta incompetência do poder judiciário de interferir na atuação do poder executivo, especialmente quando se está diante de problemas complexos fortemente relacionados com a omissão do Poder Público.

De fato, há muitos críticos ao ativismo judicial⁹ que defendem que os juízes não podem intervir na atuação administrativa e legislativa. Contudo, na prática, nota-se que o Poder Judiciário tem sido cada vez mais chamado a interferir nos outros Poderes diante da violação de direitos fundamentais causada principalmente em face da inércia do Poder Executivo e/ou Legislativo. Nesse contexto, não parece ter qualquer importância prática o apego por tais discussões, haja vista que a interferência judiciária já ocorre diariamente. Nesse viés, Edilson Vitorelli (2020, p. 115) esclarece que a ampliação da atividade jurisdicional não decorre da

8 Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira adotam a expressão “problema estrutural” para designar a existência de um estado de desconformidade estruturada, isto é, uma situação que não corresponde com o estado de coisas ideal. Por sua vez, Edilson Vitorelli prefere o termo “litígio estrutural” para designar os litígios decorrentes do modo de atuação de uma estrutura burocrática. Tais conflitos também podem ser chamados como “litígios policêntricos”, “litígios multipolares” ou “litígios multifocais”, a depender da concepção adotada.

9 O termo “ativismo judicial” corresponde, para o presente trabalho, a uma “maior interferência do Judiciário no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2012, p. 25).

vontade dos juízes, mas da própria Constituição Federal de 1988 que atribuiu “ao Estado muitos deveres materiais, e ao Poder Judiciário a obrigação de fazê-los efetivos”.

Superada a análise acerca da primeira hipótese, adentra-se ao estudo da segunda e da terceira opção. Constitucionalmente, todos têm direito de recorrer ao Judiciário para fazer valer a sua pretensão, contudo, especialmente quando se trata de litígios estruturais, a maneira como o processo é conduzido pode ou não garantir a efetiva solução do problema. Nesse viés, constata-se que os litígios estruturais podem ser (e na maioria das vezes são) tratados por meio de processos individuais ou coletivos, os quais se mostram inadequados para a resolução de tais conflitos.

Segundo apontado pelo doutrinador americano Abram Chayes¹⁰ (1976, p. 1282-1283), a concepção em torno da adjudicação foi desenvolvida no final do século XIX quando dava-se especial relevância a autonomia individual o que, conseqüentemente, fez com que o processo judicial se desenvolvesse a partir dos seguintes fundamentos: a ação judicial é bipolar, o litígio é retrospectivo, o impacto da decisão atinge apenas as partes e o processo é iniciado e controlado pelas partes. De maneira semelhante, o direito processual civil brasileiro foi construído a partir da lógica bipolar¹¹ do conflito no qual uma parte (autor) demanda contra a outra (réu), incumbindo ao juiz, neutro e imparcial, pacificar a disputa entre os dois sujeitos por meio da aplicação restrita da lei, o que era compreendido como medida suficiente para a resolução do conflito apresentado (OSNA, 2017, p. 179).

Os litígios estruturais, no entanto, não se amoldam a essa lógica. Tais litígios, marcados pela elevada complexidade e conflituosidade, não podem ser resolvidos a partir da simples imposição de uma ordem de fazer ou não fazer, entregar coisa ou pagar quantia. Eles exigem decisões orientadas para uma perspectiva futura, voltadas à resolução da causa do litígio e construídas em um ambiente negocial e democrático, no qual foi garantida a ampla participação dos interessados e a adequada representação de seus interesses.

Diante da complexidade, imprevisibilidade e mutabilidade dos litígios estruturais é impossível que seja aplicado a eles a visão tradicional do processo civil que, em geral, apresenta grandes restrições em admitir a flexibilização do princípio da demanda e da congruência, a possibilidade de formulação de pedido genérico, a mutabilidade da demanda, a flexibilização do princípio da coisa julgada, a ampliação do debate por meio de formas atípicas de intervenção, a delegação de função em hipóteses não estabelecidas, a revisão acerca do papel do magistrado e da cooperação jurisdicional, todas tidas como medidas indispensáveis a resolução adequada de litígios estruturais.

Tratar os litígios estruturais conforme a lógica do processo civil tradicional não só não garante a resolução do conflito, mas também pode acarretar problemas ainda mais graves. O tratamento de litígios estruturais por meio de processos individuais promove a atuação contingencial do juiz o que, por sua vez, faz com que os julgadores ignorem o impacto de suas decisões ocasionando assim a prolação de decisão a conta-gotas. Os exemplos clássicos para demonstrar essa situação são as ações de vaga em creche e as ações de medicamentos.

10 Segundo ensinamentos de Edilson Vitorelli (2020, p. 74-75), Abraham Chayes desenvolveu em 1976 a expressão “public law litigation” a fim de designar as “demandas nas quais se pretende efetivar um direito que está sendo negado pelo Estado [...] para toda coletividade”. Cumpre ressaltar que os processos de interesse público não se confundem com os processos estruturais, mas que se assemelham em alguns aspectos haja vista que também pretendem moldar um comportamento futuro.

11 O termo “bipolar” visa indicar os processos que se estruturam a partir de duas teses contrapostas (autor e réu) cuja solução depende tão somente da eleição de uma das partes como vencedora e da outra como perdedora.

Demandas individuais como essas são interpretadas com base em um direito fundamental (seja ele o direito à educação ou à saúde) e na obrigação estatal de garantir tal direito. Contudo, ao deferir a vaga na creche ou o medicamento solicitado, os juízes ignoram os impactos¹² que essa decisão irá gerar aos demais cidadãos que também carecem do fornecimento de tais políticas públicas e que, por vezes, se encontram em situações até mais desfavoráveis (ARENHART, 2016, p. 2-3).

Nota-se, assim, que “o equívoco desse tratamento não estrutural do litígio é que ele acarreta apenas uma ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos, eis que as causas do problema permanecem” (VITORELLI, 2020, p. 62). Nesses casos, verifica-se a adoção do critério de “quem chega primeiro”, ou seja, aquele que buscar o Judiciário primeiro será atendido. Segundo Vitorelli (2020, p. 117-118), o problema da adoção desse critério é que “o acesso à justiça é bem mais escasso do que o acesso à saúde ou à educação pública”, por exemplo, o que faz com que “se atribua mais a quem já tem mais”, além de incentivar a “judicialização ao infinito” o que conseqüentemente aumenta os gastos com o Poder Judiciário que demandará mais juízes, mais servidores, mais defensores e advogados públicos.

Segundo Felipe Barreto Marçal (2021, p. 186-188), os processos individuais tendem a ser mais vantajosos sob a ótica do direito subjetivo do demandante principalmente pelo fato de existir uma vítima identificada (chamado pelo autor de “processo com rosto”), o que faz com que os juízes sejam muito mais suscetíveis a colaborar com o problema. Nesse cenário, os juízes, em geral, têm dificuldade de “enxergar o agravamento do problema pelas decisões individuais, de modo que saem com uma imagem de ‘heróis’ (do idoso ou da criança), quando, na verdade, contribuem para o agravamento do problema global”.

Assim, quando se busca a solução de um problema pontual nota-se uma preferência pelos processos individuais aos coletivos em face da sua maior celeridade e maior probabilidade de ganhos. Entretanto, em uma análise ampliada, verifica-se que tais demandas não só não corrigem o problema, como também podem piorá-lo e criar um círculo vicioso. Por sua vez, em que pese o processo coletivo tenha surgido com a finalidade de tutelar direitos coletivos *lato sensu* e de obter medida jurisdicional que afetará uma coletividade ou um determinado número de pessoas, constata-se que as demandas coletivas podem, de fato, ser adequadas diante de certos litígios coletivos (tais como os litígios locais e globais), mas não são suficientes para resolver os litígios estruturais. Isso porque o processo coletivo costuma se aproximar da lógica bipolar do processo individual.

Segundo Arenhart (2016, p. 03), “a tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo ‘individual’, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade”. Diante disso, verifica-se que o processo coletivo segue a mesma lógica dos processos individuais e, portanto, está longe de ser o instrumento adequado para a resolução de demandas estruturais. Nesse sentido, é o entendimento de Felipe Barreto Marçal:

12 No caso das ações individuais de vaga em creche pode ser citado como exemplo de tais impactos o fato de que aquele que ingressa com ação judicial passa na frente daquele que está há meses (senão anos) aguardando na fila, o que desestrutura a organização previamente elaborada pelo Poder Público sendo que, no plano fático, milhares de crianças permanecem com o seu direito à educação violado. No caso das ações de medicamentos, cita-se o exemplo dado por Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 597) de uma decisão judicial que obrigou o Estado de São Paulo a arcar com o tratamento de 100 pessoas portadoras da doença de Gaucher, o que totaliza o custo anual de mais de 10 milhões de dólares, valor que seria suficiente para ajudar 250 mil pessoas no combate à fome.

Essa espécie de litígio reclama providências que podem ser muito peculiares e de implementação mais complexa, de modo que o processo civil tradicional – até mesmo o coletivo – acaba se tornando insuficiente ou inútil, tendo em vista que seus institutos foram planejados para resolver problemas que envolvam interesses de apenas dois ‘polos’. Aliás, mesmo no processo coletivo tradicional, essa ideia está presente, uma vez que toda a coletividade substituída é tratada, por uma ficção, como se fosse uma só pessoa, para enquadrar esses problemas no mesmo desenho ‘bipolar’ do processo civil individual tradicional (MARÇAL, 2021, p. 26).

O processo civil tem o dever de garantir instrumentos aptos a tutela adequada de direitos e garantias fundamentais. Assim, considerando que as visões e ferramentas tradicional não fornecem a tutela jurisdicional adequada aos litígios estruturais, surge a necessidade de se buscar por instrumentos, judiciais e extrajudiciais, capazes de suprir essa necessidade. O que se busca é um processo apto a tutelar litígios complexos decorrentes do mau funcionamento de uma estrutura burocrática fonte de violação de inúmeros direitos fundamentais. Nesse ínterim, se sobressai a quarta opção, isto é, o processo estrutural¹³.

4. DO PROCESSO ESTRUTURAL

De acordo com Vitorelli (2020, p. 60), o processo estrutural¹⁴ “é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural”. Nesse viés, o processo estrutural tem como condão não apenas solucionar um problema pontual, mas corrigir a causa do problema que, no caso dos litígios estruturais, é o mau funcionamento de uma estrutura burocrática, isto é, uma instituição, um conjunto de instituições, uma política ou um programa público.

Para a reestruturação da estrutura burocrática é essencial a elaboração de um plano a ser implementado em um período considerável de tempo e que, na maioria das vezes, demandará constantes fiscalizações e reavaliações a fim de que o mesmo se mantenha adequado às transformações operadas no plano fático durante a fase de reestruturação (VITORELLI, 2020, p. 65). Diante disso, é possível afirmar que, para Vitorelli, as principais características diferenciadoras dos processos estruturais são: a presença de um litígio estrutural que é causado pelo mau funcionamento de uma estrutura burocrática e a busca pela sua reestruturação o que somente se tornará possível mediante a elaboração de um plano de ação a partir de uma perspectiva preponderantemente prospectiva.

13 O termo “processo estrutural” deriva do pensamento de Owen Fiss desenvolvido em 1979 e chamado, em inglês, de “structural litigation”.

14 Cumpre esclarecer que em que pese Edilson Vitorelli conceitue o processo estrutural como um processo coletivo, ele afirma em seguida que o processo estrutural se distingue do processo coletivo em face do tipo de litígio, da abordagem policêntrica e da necessidade de diversas decisões voltadas à reestruturação (VITORELLI, 2020, p. 66). Assim, no presente trabalho utiliza-se o termo “processo coletivo” para se referir àquele processo que adota a mesma lógica bipolar do processo individual e que só se diferencia pelo fato de ter como representante um legitimado extraordinário que deveria supostamente representar a coletividade ou grupo interessado. Por sua vez, o termo “processo estrutural” é utilizado para designar o processo que almeja a reestruturação de uma estrutura que causa um litígio estrutural.

Nesse teor, relevante também o estudo desenvolvido por Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira. Segundo referidos autores (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2020, p. 107-108), o processo estrutural se caracteriza pelo fato de lidar com um problema estrutural, buscar a transição de um estado de desconformidade estrutural para o estado ideal de coisas, estabelecer um projeto de reestruturação, adotar procedimentos flexíveis e se voltar para a consensualidade. Além disso, também pode ser (mas não necessariamente é) caracterizado pela multipolaridade, coletividade e complexidade¹⁵.

Nesse íterim, nota-se que a principal diferença entre o processo civil tradicional (seja ele individual ou coletivo) e o processo estrutural é que este se volta preponderantemente para o futuro e não para o passado, de modo que é conduzido visando a alteração substancial da estrutura burocrática causadora da violação de direitos. Isto é, o processo estrutural não se volta apenas a reparação dos danos causados – tal como ocorre no processo civil tradicional (na maioria das vezes) –, mas especialmente busca corrigir a fonte causadora do litígio estrutural para evitar que novas violações continuem ocorrendo.

Diante disso, o processo estrutural exige a adoção de técnicas e procedimento distintos a fim de eliminar a violação contínua aos valores constitucionais em um cenário marcado pela complexidade, conflituosidade e multipolaridade. Verifica-se que o processo efetivamente estrutural é marcado pela existência de várias fases, participação de especialistas, implementação de medidas de forma gradativa e sua adaptação conforme a necessidade, construção colaborativa da decisão, adoção de cronogramas, elaboração e revisão do plano de ação, criação de mecanismos de monitoramento, utilização de formas atípicas de participação, promoção do diálogo entre os interessados, dentre outras particularidades que buscam a solução do litígio.

O processo estrutural exsurge como um meio processual adequado ao tratamento de litígios estruturais e como uma importante ferramenta que possibilita a concretização de direitos. Sendo assim, considerando as situações em que a judicialização for inevitável, constata-se que a melhor forma de resolver os litígios estruturais é por meio do processo estrutural, especialmente quando comparado com o processo civil individual e coletivo tradicional, bem como quando constatada a omissão do Poder Executivo e Legislativo. Contudo, cumpre destacar que a adoção do processo estrutural não é garantia de sucesso. O processo estrutural se dá a partir da atuação jurisdicional, razão pela qual está sujeito aos problemas típicos do Poder Judiciário.

Nesse contexto, nota-se grande dificuldade em garantir uma prestação jurisdicional célere e efetiva, o que se agrava quando se está diante de litígios estruturais marcados pela complexidade, multipolaridade e necessidade de intervenção continuada. Lenna Luciana Nunes Daher (2020, p. 59-66) cita as seguintes dificuldades enfrentadas na solução de litígios estruturais pela via jurisdicional¹⁶: a falta de expertise dos operadores de direito para lidar com litígios que envolvem políticas públicas¹⁷ (ou a estrutura de uma empresa privada) o que faz com que o problema não seja de fato solucionado; a dificuldade do processo se adaptar às mudanças

15 Tratam-se das características do processo estrutural consideradas típicas, mas não essenciais por Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira. Isto é, são características que “sugerem que se trata de um processo estrutural, mas não necessariamente precisam todas estar presentes para que o processo seja considerado estrutural – o processo estrutural pode existir sem elas” (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2020, p. 110).

16 Importante ressaltar que as dificuldades apresentadas são encontradas na atuação do Poder Judiciário em geral. Isto é, estão presentes nos processos individuais, coletivos e estruturais.

17 Segundo Lenna Daher (2020, p. 60), as decisões judiciais que tratam acerca da ausência de políticas públicas costumam se limitar a “impor ao Estado, de forma genérica, ilíquida e indeterminada, a obrigação de formular a política, ou então determinar de *per si* qual política a ser implementada, sem o necessário conhecimento metodológico”.

que ocorrem na realidade social o que leva a emissão de ordens desconexas da realidade; as limitações em relação à participação direta dos grupos de afetados, de pessoas detentoras de conhecimentos técnicos relevantes e dos responsáveis por implementar as medidas estruturais; o baixo grau de efetividade das decisões estruturais; a inadequação ou insuficiência de mecanismos tradicionais de execução forçada (como a multa diária); bem como a falta de estrutura e preparação do Poder Judiciário para acompanhar a implementação das decisões estruturais.

De fato, muitas das limitações da tutela jurisdicional apontadas podem ser superadas a partir da utilização de técnicas e procedimentos já vigentes no direito brasileiro, os quais foram anteriormente citados inclusive como institutos presentes e caracterizadores de um processo efetivamente estrutural. Nesse aspecto, é importante esclarecer que o insucesso de um processo estrutural não se assenta em suposta inexistência de instrumentos adequados para lidar com litígios estruturais – haja vista que os mesmos existem –, mas decorre especialmente da própria estrutura do Poder Judiciário.

Segundo relatório “Justiça em Números 2021” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o ano de 2020 terminou com 75,4 milhões de processos pendentes para serem analisados por 17.988 magistrados (CNJ, 2021, p. 102, 307). O relatório aponta também que atualmente o tempo médio de duração dos processos em tramitação na fase de conhecimento de primeiro grau é de 3 anos e 4 meses, da fase de execução é de 7 anos e 1 mês e dos processos em tramitação no segundo grau é de 2 anos e 2 meses, o que demonstra que a execução é a fase mais demorada provavelmente em face das dificuldades de implementar as decisões judiciais (CNJ, 2021, p. 209). Esses dados permitem visualizar o problemático cenário no qual está inserido o sistema judicial brasileiro. O excesso de demandas, a quantidade insuficiente de magistrados e servidores e a morosidade são algumas das dificuldades enfrentadas nos processos judiciais, sejam eles individuais, coletivos ou estruturais.

Diante disso, é possível concluir que o processo estrutural – em face das suas características próprias – tem o potencial de garantir a efetiva solução de litígios estruturais e deverá ser utilizado sempre que a judicialização for inevitável haja vista que o processo individual e coletivo tradicional não são capazes de abarcar todas as particularidades presentes em litígios estruturais. Contudo, o processo estrutural não está alheio aos problemas existentes quando se opta pela via judicial, razão pela qual talvez o melhor mecanismo para garantir a solução de litígios estruturais seja por meio de medidas estruturais extrajudiciais, em especial o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

5. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Inegavelmente, a solução de litígios estruturais pela via do processo estrutural pode ser uma excelente alternativa quando se está diante de magistrados, servidores, defensores e demais interessados engajados suficientemente no processamento dessas demandas a partir

das técnicas adequadas de resolução desses conflitos. Entretanto, diante do fato de esses litígios demandarem um enorme esforço e disponibilidade de tempo, é possível que não sejam solucionados adequadamente por circunstâncias alheias à vontade dos participantes e, em geral, relacionadas ao acúmulo de serviço decorrente do número excessivo de demandas, as metas estabelecidas pelas corregedorias e CNJ, a baixa expertise e a falta de estrutura judiciária para tanto. Diante disso é que se sobressai as soluções consensuais¹⁸ elaboradas por meio da via extrajudicial.

Segundo Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim (2021, p. 191) as soluções negociais se harmonizam à própria essência do litígio estrutural, porque em muitos casos estruturais as partes interessadas concordam acerca da necessidade de mudanças a fim de adequar a estrutura à ordem constitucional, mas divergem tão somente em relação a forma de se obter a reestruturação. Além disso, a solução negociada deve permitir a ampla participação de todos os interessados o que possibilita a troca de informações valiosas e, conseqüentemente, permite o conhecimento mais aprofundado do litígio. Com isso é possível a construção de soluções mais adequadas ao caso concreto capazes de conduzir à concretização do direito. À vista disso, a solução consensual é capaz de produzir melhores e maiores resultados práticos do que a decisão imposta haja vista que reduz eventual resistência no cumprimento do acordado e, assim, contribui para celeridade e efetividade do procedimento.

Nota-se, assim, que a reestruturação da fonte causadora do litígio estrutural pode se dar por meio de decisões estruturais proferidas na via jurisdicional, mas também pode ocorrer por meio de medidas estruturais extrajudiciais produzidas essencialmente a partir do consenso. Edilson Vitorelli (2020, p. 127) aborda em seu livro acerca das medidas estruturais extrajudiciais das quais podem ser citadas os inquéritos civis estruturais, os procedimentos administrativos estruturais, as recomendações estruturais, o termo de ajustamento de conduta estrutural e a mediação estrutural. Frente a vasta extensão dos instrumentos extrajudiciais para a resolução de litígios estruturais, o presente tópico irá focar no estudo do termo de ajustamento de conduta como instrumento extrajudicial de solução de litígios estruturais.

Atualmente o ordenamento jurídico brasileiro prioriza a solução consensual dos conflitos, conforme se extrai do artigo 3º, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil de 2015¹⁹. Além disso, o incentivo ao consenso e a utilização de métodos autocompositivos nos conflitos coletivos está expresso também no artigo 174, inciso II, do CPC ao determinar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem câmaras de mediação e conciliação voltadas a celebração de termos de ajustamento de conduta.

O TAC se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento extrajudicial de solução de litígios coletivos por força do artigo 5º, parágrafo 6º da Lei da Ação Civil Pública que dispõe o seguinte: “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Em face desse dispositivo é possível extrair duas conclusões: (I) que apenas podem ser compromitentes (legitimados ativos), as pessoas jurídicas

18 Nesse aspecto, é importante esclarecer que as soluções consensuais também podem ser elaboradas no decorrer de processos judiciais por meio da conciliação, mediação e dos negócios jurídicos processuais (sendo inclusive incentivadas pelo Novo Código de Processo Civil), contudo o presente tópico objetiva tratar especificamente das soluções consensuais que ocorrem de forma extrajudicial.

19 O artigo 3º, parágrafo 2º, do CPC dispõe o seguinte: “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

de direito público interno e os seus órgãos, tais como: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios e Distrito Federal e (II) que não existem limitações em relação a quem pode ser compromissário (legitimado passivo)²⁰.

Desde o surgimento do TAC, nota-se grande resistência da doutrina em aceitá-lo como um negócio jurídico bilateral. O principal argumento daqueles²¹ que não consideram o TAC um negócio jurídico se centra na ideia de que supostamente no TAC não pode haver concessões haja vista tratar-se de instrumento que lida com direitos transindividuais indisponíveis e inegociáveis. Contudo, dentro de uma visão contemporânea, a indisponibilidade de um direito não é capaz de impedir que o mesmo seja objeto de negociação ou transação. Esse é o entendimento de Elton Venturi (2018, p. 416), Ana Luiza de Andrade Nery (2010, p. 145), Humberto Pinho e Ludmila Vidal (2016, p. 377) ao sustentarem que a indisponibilidade dos direitos transindividuais não pode ensejar presunção de inegociabilidade e nem é capaz de retirar o caráter consensual (negocial) do ajustamento de conduta.

Nesse ínterim, Geisa de Assis Rodrigues (2011, p. 127) concebe o TAC como negócio jurídico bilateral tendo em vista a existência de manifestações de vontade de ambas as partes (compromitente e compromissário) direcionadas à celebração do termo. De maneira ligeiramente distinta, Ana Luiza de Andrade Nery (2010, p. 153) e Bruno Gomes Borges da Fonseca (2013, p. 74) conceituam o TAC como um negócio jurídico transacional híbrido à medida que sofre influência tanto de princípios do direito público quando do direito privado e, sendo assim, não pode ser enquadrado em uma categoria de forma única.

Edilson Vitorelli (2020, p. 151) também compreende o TAC como um negócio jurídico e em relação à validade das concessões aduz expressamente que “se existem acordos coletivos, é porque os compromissários supõem que a condenação futura tem probabilidades de ser pior” e por isso é possível afirmar que “o TAC implica algum tipo de concessão por parte do legitimado coletivo”. Diante disso, Vitorelli (2020) se posiciona contrário as extensas discussões acerca do caráter indisponível do direito material ao afirmar que:

Em primeiro lugar, a questão não é saber se o direito material, em abstrato, pode ser renunciado ou não, mas qual é a necessidade daquele direito material, no caso concreto. [...] O que se espera de um legitimado coletivo é que ele seja um representante adequado dos interesses da sociedade, não que ele se apegue a concepções de teoria do direito. Se, no contexto do caso concreto, o mais adequado for abrir mão do direito, ainda que plenamente reconhecido, justificadamente substituindo-o por outro tipo de prestação, é isso que deve ser feito. A tutela adequada do direito pode significar não apenas a concessão de prazos ou modos de cumprimento da obrigação, mas também abrir mão do próprio direito reconhecido (VITORELLI, 2020, p. 151-152).

Independentemente dessas discussões teóricas, o que deve ser buscado é a elaboração de um acordo que seja adequado, ou seja, que seja capaz de proporcionar a tutela adequada ao caso concreto. Além disso, é interessante destacar que existe um consenso doutrinário²²

20 Podem ser compromissários do TAC as pessoas jurídicas de direito público ou privado, órgãos públicos e entes sem personalidade jurídica, bem como as pessoas físicas capazes ou seu representante legal.

21 Podem ser citados como exemplo de autores que repudiam a natureza negocial do TAC: José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 203) que concebe o TAC como um ato jurídico unilateral e Hugo Nigro Mazzilli (2012, p. 407-408) que percebe o caráter consensual do TAC, mas afasta a sua natureza transacional ou contratual ao compreendê-lo como um ato administrativo negocial.

22 Cita, por exemplo, Hugo Nigro Mazzilli (2012, p. 319-320), Geisa de Assis Rodrigues (2011, p. 130), Emerson Garcia (2008, p. 292) e Edilson Vitorelli (2020, p. 153).

(até mesmo entre aqueles que são contra a ideia de que o TAC é um negócio jurídico) no sentido de que é possível transigir sobre o modo, tempo e lugar de cumprimento dos compromissos assumidos no termo. Contudo, alguns entendem que essas concessões se referem a aspectos acessórios/secundários do termo como se não fossem capazes de afetar o direito material em tela quando, na realidade, podem influenciar substancialmente a efetividade de um direito. Nesse viés, não há como negar que “negociar um prazo de cumprimento é, com toda certeza, negociar o grau de efetividade de um direito material” (VITORELLI, 2020, p. 153). Por conseguinte, é possível concluir que concessões sobre o tempo, modo e lugar podem afetar consideravelmente o direito material razão pela qual não devem ser menosprezadas.

Não há, portanto, nenhum obstáculo à solução consensual de um litígio coletivo (seja ele estrutural ou não) por meio do termo de ajustamento de conduta, inclusive no âmbito dos litígios estruturais. Aliás, inúmeros são os exemplos de litígios estruturais²³ que poderão ser solucionados por meio desse instituto, cita-se: situações envolvendo desastres ambientais, empresas privadas que mantêm trabalhadores em condições análogas a de escravos, questões envolvendo o direito à saúde, bem como os problemas decorrentes da estrutura das instituições carcerárias. Sendo assim, ainda que os litígios estruturais versem sobre direitos materiais indisponíveis, é possível a negociação dos termos do compromisso de conduta, mas sempre em vista da opção mais vantajosa à proteção dos direitos coletivos.

Nesse viés, é importante fazer o seguinte alerta: o TAC não pode ser utilizado de maneira indiscriminada e incondicionada em nome da suposta efetividade das soluções extrajudiciais. Isto é, direitos essenciais à coletividade não podem ser sacrificados na busca pela conclusão de um termo e pela aparente resolução do problema. Diante disso, é imprescindível que as negociações sejam realizadas de forma pública e transparente.

Em vista disso, convém ressaltar que o TAC não está restrito a um único órgão ou ente federativo à medida em que o legislador conferiu legitimidade ativa para firmar o TAC a todos os entes de natureza pública. Inclusive, cumpre destacar que o TAC possui natureza de título executivo (judicial ou extrajudicial) e que referido título não se constitui em favor do órgão compromitente, mas sim em favor de toda coletividade afetada, razão pela qual não há nenhum óbice para que outros colegitimados – até mesmo aqueles que não possuem legitimidade ativa de celebrar o acordo – promovam a execução do TAC caso algum dos seus termos seja descumprido. Contudo, é evidente o protagonismo do Ministério Público na negociação de TACs, especialmente pelo fato de o órgão ministerial ter se consolidado no ordenamento jurídico brasileiro como um dos principais protetores dos direitos coletivos, o que não retira, de forma alguma, a importância deste instituto e muito menos é capaz de afastar a obrigação de que seja garantida a participação de todos os interessados no litígio.

Durante a negociação dos termos do TAC é indispensável a garantia da ampla participação dos interessados e da representação adequada a fim de que os parâmetros acordados sejam legítimos e adequados. Referido aspecto ganha especial relevância quando se está diante de litígios estruturais. Conforme destacado anteriormente, os litígios estruturais têm como uma das suas principais características a multipolaridade. Isto é, são litígios que envolvem diversos subgrupos de interessados, os quais são afetados de formas e intensidades diferentes.

23 É importante ressaltar que tais litígios somente serão considerados estruturais se estiverem presentes, no caso concreto, as características apontadas no primeiro tópico do presente trabalho. Isso é, deverá ter a configuração de um litígio irradiado e ainda ser decorrente do modo de funcionamento de uma estrutura burocrática compreendida como uma instituição, conjunto de instituições, política ou programa público.

O carácter multipolar do litígio estrutural exige a construção de um procedimento capaz de comportar a participação de todos aqueles que possuem interesse no litígio, ou seja, que podem sofrer os efeitos do acordo firmado. Frisa-se que existe extensa discussão doutrinária sobre qual a melhor forma de garantir a participação dos interessados sem causar tumulto processual e, conseqüentemente, prejudicar a resolução do conflito. No entanto, não se mostra pertinente ingressar nos pormenores dessa discussão sob pena de desviar do objeto deste trabalho. Nesse sentido, em relação a este aspecto, é importante destacar os principais benefícios gerados pela ampla participação durante a elaboração de TACs estruturais.

Em primeiro lugar, destaca-se que para a adequada resolução de um litígio estrutural é preciso que o problema seja conhecido com profundidade e isso somente será possível a partir do envolvimento de todas as pessoas que são afetadas pelo inadequado funcionamento de determinada estrutura burocrática, o que pode ser feito por meio de reuniões setoriais, oitivas de lideranças e audiências públicas. Em segundo lugar, o adequado diagnóstico do litígio auxilia na negociação das formas de solução à medida em que quanto mais se conhece do problema, maiores as chances de que sejam acordadas medidas efetivamente capazes de solucioná-lo (VITORELLI, 2020, p. 168).

Em terceiro lugar, nota-se que a participação dos interessados está intrinsecamente relacionada com a necessidade de estabelecer o diálogo entre a sociedade, os órgãos públicos e a estrutura burocrática violadora o que minimiza a ocorrência de resistências desnecessárias e contribui para o adequado cumprimento dos termos acordados. Além disso, a participação dos interessados é essencial quando se considera que o TAC vincula somente aqueles que dele participaram. Nesse viés, considerando o TAC como negócio jurídico, aplica-se a ele o princípio da relatividade (*res inter alios acta neque prodest*) fundamentado na ideia de que o negócio jurídico somente produz efeitos em relação àqueles que manifestaram sua vontade.

Diante disso, é evidente a importância de que a negociação do TAC estrutural seja pautada pelas noções de boa-fé e cooperação, priorize o diálogo e o consenso, se dê de forma pública e transparente, bem como garanta a participação dos interessados e da representação adequada em respeito ao carácter multipolar do litígio. Ocorre que, da mesma forma que se verifica no processo estrutural, não há como ter certeza se de fato o acordo coletivo resolverá o problema. Isso se dá porque litígios coletivos, em especial os litígios estruturais, costumam ser complexos e imprevisíveis de modo que é possível que as soluções delineadas por meio do termo de ajustamento de conduta não sejam alcançadas em face de diversas circunstâncias, tais como: a alteração da realidade fática, o não comprometimento dos envolvidos, a ineficácia da solução apontada ou a impossibilidade da sua implementação, o descumprimento dos termos, a insuficiência de recursos financeiros, a representação inadequada, o debate escasso, elaboração dos acordos de forma inapropriada com cláusulas incompletas ou questionáveis, dentre outros obstáculos que podem vir a surgir em face de um caso concreto.

Entretanto, mesmo diante desse cenário, observa-se que a realização de um acordo estrutural pode trazer inúmeros benefícios tanto para o compromitente quanto para o compromissário. Em especial, é possível citar como exemplo o fato de que um acordo gera um impacto positivo em relação a visibilidade externa da empresa (seja ela pública ou privada), se mostra como uma oportunidade para reestruturar as políticas causadoras de violações, bem como evita que a estrutura burocrática seja submetida a uma solução judicial impositiva que costuma ser mais custosa do que um acordo (VITORELLI, 2020, p. 159-161).

Assim, em que pese o termo de ajustamento de conduta não traga a certeza de que o litígio estrutural será de fato solucionado, é possível concluir, diante de tudo que foi exposto acerca dos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário e dos benefícios da construção de soluções consensuais negociadas pela via extrajudicial, que o TAC tem maior potencial de solucionar litígios estruturais quando comparado com as demais alternativas, isto é, o processo civil tradicional ou o processo estrutural, bem como quando constatada a omissão do Poder Executivo e Legislativo.

Por fim, é evidente que o termo de ajustamento de conduta estrutural pode ser – e na maioria das vezes é – extremamente trabalhoso pelo simples fato de lidar com litígios altamente conflituosos e complexos. Contudo, o que deve ser levado em conta é o custo-benefício desse procedimento ao se voltar não apenas para a adoção de medidas paliativas, mas buscar efetivamente solucionar a estrutura causadora do litígio. Além disso, é importante pontuar que, ainda que esse acordo não seja capaz de resolver o problema por completo, não há como negar que um amplo caminho terá sido percorrido tão somente pelo fato de ter proporcionado a oportunidade de as partes dialogarem entre si.

6. CONCLUSÃO

A partir do desenvolvimento da presente pesquisa, constatou-se que os litígios estruturais não estão restritos aos ramos do direito público à medida que é impossível, diante de uma violação estrutural de direito, separar o público e privado. Nesse contexto, concebeu-se os litígios estruturais como aqueles conflitos que apresentam alta complexidade e conflituosidade e que são causados pelo mau funcionamento de uma instituição pública ou privada ou de uma política ou programa público, razão pela qual torna-se necessária a reestruturação dessa estrutura causadora de violações.

Assim, diante das particularidades dos litígios estruturais percebeu-se a necessidade de verificar quais as opções existentes para solucioná-los, das quais foram tratadas acerca de cinco delas: (i) nada fazer e esperar que o poder executivo ou legislativo aja, (ii) atuar por meio de demanda individual, (iii) atuar por meio de demanda coletiva, (iv) atuar por meio do processo estrutural ou (v) atuar por meio de medidas estruturais extrajudiciais, em especial o termo de ajustamento de conduta. A rigor, verificou-se que as três primeiras opções se mostravam ineficazes tanto pelo fato de o Judiciário ter o dever de efetivar direitos garantidos razão pela qual não pode se omitir quanto em face da constatada inadequação do processo civil tradicional individual ou coletiva tendo em vista que os litígios estruturais, pelas suas próprias características (complexidade, conflituosidade, imprevisibilidade, mutabilidade e multipolaridade), não podem ser solucionados a partir da lógica bipolar.

Nesse viés, a quarta opção se mostrou mais adequada. Isto é, concluiu-se que sempre que a judicialização do litígio estrutural for inevitável, a melhor forma de resolvê-lo é por meio do processo estrutural o qual é caracterizado pela adoção de técnicas e procedimentos distintos voltados preponderantemente para o futuro e não para o passado de modo que é conduzido visando a reestruturação da estrutura burocrática causadora da violação de direitos. Contudo, notou-se que o processo estrutural não está salvo dos problemas típicos enfrentados pelo

Poder Judiciário – excesso de demandas, quantidade insuficiente de magistrados e servidores, baixa expertise, necessidade de cumprimento de metas estabelecidas, bem como morosidade nos julgamentos –, razão pela qual passou-se para o estudo da quinta opção: as medidas estruturais extrajudiciais, em especial o termo de ajustamento de conduta.

Com base no estudo acerca do termo de ajustamento de conduta e dos benefícios das soluções negociadas, foi possível concluir que a melhor forma de solução de um litígio estrutural é por meio de um acordo coletivo. Isso porque um acordo possibilita, a partir do diálogo e da troca de informações, o conhecimento mais aprofundado do problema e com isso é possível a construção de soluções mais adequadas ao caso concreto, bem como a redução da litigiosidade e a colaboração durante a fase de implementação das medidas. Nesse contexto, constatou-se que o termo de ajustamento de conduta tem maior potencial de solucionar litígios estruturais quando comparado com as demais alternativas anteriormente tratadas.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno do Negócio Jurídico e a Necessidade de uma Nova Concepção na Contemporaneidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/28454>. Acesso em: 23 fev. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Interesse Público [recurso eletrônico]**, Belo Horizonte, v. 18, n. 97, maio/jun. 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4181265/mod_resource/content/1/AREHARDT.pdf. Acesso em: 1 mar. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos coletivos estruturais**: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. São Paulo: D'Plácido, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, **Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, v. 5, n. 1, 2012.

CHAYES, Abram. The Role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, maio/1976.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Número 2021**. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, jan./mar. 2020.

FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar ao processo coletivo-estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2015.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Compromisso de ajustamento de conduta**. São Paulo: LTr, 2013.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos Estruturantes**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta**: teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodvim, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis. *In*: ZANETI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas**: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

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

Dados do processo editorial

- Recebido em: 30/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/04/2022
- Avaliação 1: 16/04/2022
- Avaliação 2: 26/07/2022
- Decisão editorial preliminar: 31/07/2022
- Retorno rodada de correções: 10/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 21/08/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2