

A UTILIZAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

THE USE OF STRUCTURAL PROCESS IN THE CONTROL OF PUBLIC POLICIES

Gabriel Santos Silva²⁷
Ygor de Almeida Batista²⁸

RESUMO

A coeva tese buscou perquirir como a implementação do efetivado Processo Civil Estrutural no nosso ordenamento jurídico brasileiro, poderá contribuir para prevenção e escoreta inserção de políticas públicas, notadamente, em matérias de direito público, correlacionadas, ao mínimo existencial, uma vez que nestes casos são exigidos do Estado atuações positivas. Dessa forma, observa-se que a relação processual civil ordinária, entremostra-se incapaz de afiançar técnicas processuais producentes em situações de robustos impactos sociais. Destarte, em proêmio, foram abordadas questões consubstanciadas nos pilares do Processo Civil Estrutural, isto é, conceitos, peculiaridades, decisões estruturantes e possibilidade de implementação das políticas públicas, objetivando viabilizar perifericamente o âmago desse novel modelo jurisdicional. Em seguida, em razão de não serem todos os direitos fundamentais sensíveis ao mínimo existencial, buscou-se elucidar os preceitos constitucionais englobados pelo mínimo existencial, capazes de serem regulados por meio do controle de políticas públicas. Por fim, para recrudescer as dissertações insertas, foram utilizados escólios de catedráticos professores do direito público, baluartes das disciplinas envolvidas neste ensaio.

Palavras-chave: Decisões Estruturantes. Mínimo Existencial. Políticas Públicas. Processo.

ABSTRACT

The thesis coeval sought to investigate how the implementation of the effective Structural Civil Process in our legal system, may contribute to the prevention and smooth insertion of public policies, notably, in matters of public law, correlated to the existential minimum, since in these cases it is required positive actions by the State. Thus, it is observed that the ordinary civil procedural relationship is shown to be incapable of securing productive procedural techniques, in situations of robust social impacts. Thus, in a proemin, issues addressed in the pillars of the Structural Civil Process were addressed, that is, concepts, peculiarities, structuring decisions and the possibility of implementing public policies, aiming at making the core of this novel jurisdictional model peripherally viable. Then, because not all fundamental rights are sensitive to the existential minimum, which was also explained, we sought to elucidate the constitutional precepts encompassed by the existential minimum, capable of being regulated through the control of public policies. Finally, to recrudesce the inserted dissertations, writings of professors of public law were used, bastions of the disciplines involved in this essay.

Keywords: Existential Minimum. Process. Public Policy. Structuring Decisions.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, tem aumentado a autofagia estatal, ocorrendo massivas violações de direitos difusos, que afetam um número indeterminado de pessoas e pontos

²⁷ Graduando em Direito pela Faculdade Quirinópolis - FAQUI. E-mail: gabrielsantos97spfc@gmail.com

²⁸ (Orientador) Docente do curso de Direito da Faculdade Quirinópolis. E-mail: prof.ygor@gmail.com

cardeais da Constituição Federal que, por corolário, ocasionam litígios de difusão global²⁹ e até mesmo de difusão irradiante³⁰, nos moldes dos ensinamentos do docente Edilson Vitorelli (2020).

Nesse contexto, impende asseverar que, essas demandas têm em seu bojo imbróglios de demasiada complexidade e conflitos de postulados constitucionais, que impactam várias camadas da sociedade, alargando o espectro do processo civil comum, o qual não é capaz de regular e cumprir apropriadamente as necessidades da efetiva prestação jurisdicional.

Dessa maneira, tem-se o denominado conflito policêntrico (estrutural), que decorre, dentre seus vieses do Estado de Coisas Inconstitucionais, exurgindo, insofismavelmente, o dever de controlar as políticas públicas por meio do Poder Judiciário.

Entrementes, urge esclarecer o conceito de litígios estruturais, que via de regra “se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude ou contínua e permanente”, divorciada do estado constitucionalmente considerado escorreito (DIDIER JR; ZANETI JR, 2020, p. 574).

No entanto, cumpre consignar que, não são todos os direitos fundamentais grafados na Carta Magna brasileira que passam pelo crivo do controle jurisdicional de políticas públicas, por isso serão analisados pelo Poder Normativo, os direitos sociais prestacionais e difusos que tenham supedâneo no mínimo existencial (dignidade da pessoa humana).

Sendo assim, diante do exposto, a tese será abalizada na problemática acima mencionada, divulgando os contornos do Processo Civil Coletivo, analisando a insuficiência do direito formal civil (CPC), no que concerne à efetivação de políticas públicas e nas flagrantes violações à dignidade de pessoa humana.

1 ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO ESTRUTURAL

Em proêmio, deve-se estabelecer o conceito paradigmático de um processo estrutural, consoante as lições de Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, a saber: “O processo estrutural é aquele em que se vincula um litígio estrutural, pautado num problema

²⁹ A primeira categoria de litígios transindividuais é dada pelas situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa (...) em outras palavras, litígios coletivos globais são aqueles que afetam a sociedade de modo geral, mas que repercutem minimamente sobre direitos dos indivíduos que a compõe. (VITORELLI, 2020, p. 33)

³⁰ Nesses casos, a sociedade atingida é lesada de modos qualitativos e quantitativos distintos entre seus integrantes, dando origem a subgrupos que não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidos, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. (VITORELLI, 2020, p. 33)

estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal” (DIDIER JR; ZANETI JR, 2020, p. 576).

Ademais, os acima mencionados estudiosos, apregoam as principais características de um processo estrutural, vejamos:

(I) pauta-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (II) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade mediante a decisão de implementação escalonada; (III) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (IV) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (V) e pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art.190, CPC) (DIDIER JR; ZANETI JR, 2020, p. 577).

Lado outro, ressoam de uma demanda estrutural variados tipos de provimentos jurisdicionais policêntricos, sendo que essas decisões contêm em seu bojo, características atípicas se comparadas ao processo civil comum, mormente, uma relação, indubitavelmente, constitucionalizada, marcada por uma angularização vertical de direitos fundamentais, maximizando a manutenção de políticas públicas sólidas, por meio do controle judicial, que elucida o fim desejado e as veredas pelas quais se podem alcançar o resultado almejado. Nessa linha, cabem escólios de Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr:

A decisão estrutural, dado o contexto em que se apresenta, não é daquelas que se costuma implementar rapidamente, porque a reestruturação de um estado de desconformidade exige, normalmente, tempo de manutenção, não apenas para que a reestruturação seja efetiva, mas também para que seja duradoura. Assim, o esperado é que a implementação do estado ideal de coisas demore a acontecer (DIDIER JR; ZANETI JR, 2020, p. 588).

Acresça, outrossim, que no âmago do processo civil estrutural incide a imposição de mandamentos jurisdicionais que estabelecem medidas a serem cumpridas no decorrer de tempo razoável e por meio de ordens secundárias, vinculando a Administração Pública a realizar as exigências fixadas na decisão estruturante, objetivando “estabelecer o estado ideal de coisas” (DIDIER JR; ZANETI JR, 2020).

Além disso, ajusta-se com a demanda coletiva, forte diálogo entre as partes processuais e terceiros interessados, buscando otimizar as medidas jurisdicionais, meio

de estudos técnicos e até mesmo audiências públicas, chamando a população para participar da relação processual, visto que será a beneficiária final do processo policêntrico.

Assim, foram expostos, singelamente, os aspectos genéricos do processo civil estrutural, estipulando o conceito, as medidas judiciais e as formas para o cumprimento dos ditames jurisdicionais, sendo demonstrada uma nova modalidade de intervenção acerca das políticas públicas no Brasil.

1.2 Marco histórico do Processo Civil Estrutural

Enceta-se, apregoando que as medidas estruturais ocorreram, por meio de problemas sociais vivenciados nos Estados Unidos da América no século passado, encampado pelo caso *Brown v. Board of Education of Topeka Kansas*, no ano de 1954, que noticiou à Suprema Corte Americana, patentes casos de segregação racial nas escolas do estado de Kansas.

Ante a análise do caso, o Pretório Excelso, julgou inconstitucional as práticas de segregação racial. Entretanto, a Suprema Corte não estabeleceu diretrizes para a instrumentalização da unificação dos grupos estudantis brancos e negros separados, não obtendo proficuidade, a mera declaração de inconstitucionalidade, já que outros estados tinham conseguido provimentos jurisdicionais de cortes inferiores, contrárias a decisão supramencionada.

Logo, a Corte Suprema, novamente se pronunciou sobre a temática não sanada, no caso *Brown v. Board of Education of Topeka – II*, momento em que o Tribunal Glorioso viu-se obrigado a fixar comandos técnicos pormenorizados, além de garantir uma tese jurisprudencial uníssona, com o fito de ser sepultada em todo o país, as malsinadas práticas de segregação racial.

Sem embargos, Vitorelli, esclarece o âmago do provimento judicial, senão vejamos:

A corte devolveu os casos pendentes aos juízos de origem para adotar providências compatíveis com esse julgamento, expedindo as ordens para tanto necessárias, de modo a fazer com que as partes ingressem em escolas públicas não segregadas com base em raça, como a máxima urgência. Não foi fixado qualquer parâmetro concreto, de modo ou de tempo, para que se produzisse ou avaliasse uma alteração que significava, na prática, mudar todo o sistema educacional de diversos estados, afetando milhares de crianças e pais, além das instituições administrativas responsáveis pela gestão das escolas. Assim, os juízes inferiores começaram a criar, por conta

própria, modos de implementar essa decisão, voltando-se para o uso de injunções, ordens judiciais que estabelecem obrigações de fazer ou não fazer (VITORELLI, 2020, p. 70).

Após a presente explanação, nota-se que, para a transformação de toda a rede de ensino estadunidense, foi necessária a intervenção do Poder Judiciário, que buscou superar a cultura racista de um sistema dualista que imperava naquele momento, aplicando medidas complexas e de longo prazo, garantindo um estado ideal das instituições de ensino norte-americanas.

2 NUANCES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O postulado da Dignidade da Pessoa Humana, está inserto no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, inciso III, sendo considerado pelos baluartes do constitucionalismo contemporâneo, o centro irradiante de todo ordenamento jurídico, influenciando toda relação jurídica, seja ela privada ou pública, objetivando a equidade social.

Compartilha de tal conceito a exposição abalizada do constitucionalista Marcelo Novelino, cuja proposição relata:

RECIFAQUI
Revista Científica de Teoria e Prática Jurídica

A dignidade da pessoa humana desempenha um papel de proeminência entre os fundamentos do Estado brasileiro. Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular (NOVELINO, 2019, p. 295).

Entretanto, em suma, serão apontadas a origem e principais interpretações propaladas com o decurso da história, demonstrando a dificuldade em precisar a definição da dignidade da pessoa humana.

Impõe, portanto, registrar que a dignidade da pessoa humana, em preâmbulo, teve três antagônicos sentidos, “dignidade como status superior de certas pessoas, pela sua posição social ou pela função que exercem; dignidade como virtude de alguns indivíduos, que agem e se portam de maneira altiva; e dignidade como o valor intrínseco, atribuído a cada pessoa humana” (SARMENTO, 2016).

No tocante à dignidade pela posição social, apenas a minoria e elitista classe social, eram detentoras deste valor, ligado a nobreza e cargos de topo das governanças

políticas ao redor do mundo, “ela não tinha conotação universal, nem era associada aos direitos humanos, sendo atributo de poucos, no contexto de sociedades estamentais e profundamente hierarquizadas.” (SARMENTO, 2016, p. 104).

Noutro giro, a dignidade da pessoa humana, para outros estava relacionada a tomadas de decisões altruísticas, permeada pela moral cristã, isto é, para a sociedade era considerada pessoa digna aquela que trilhava o caminho do bem, sendo considerados indignos aqueles que se divorciavam destas condutas.

Deveras, vislumbra-se que em nenhum dos dois conceitos apregoados acerca da dignidade da pessoa humana, extraíram-se o caráter indissociável da universalidade, imanente a dignidade como valor intrínseco, último sentido acima mencionado.

Suscita-se, a propósito, as lições do intrépido Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, sobre o vetor intrínseco da dignidade da pessoa humana:

O valor intrínseco é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser. Trata-se da afirmação da posição especial da pessoa humana no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas. As coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade, um valor que não tem preço. A inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação (pela palavra, pela arte, por gestos, pelo olhar ou por expressões fisionômicas) são atributos únicos que servem para dar-lhes essa condição singular (BARROSO, 2020, p. 245).

Revista Científica da Faculdade Quirinópolis

Por conseguinte, a interpretação dessa qualidade intrínseca da dignidade da pessoa humana ressoa em vários direitos fundamentais, quais sejam direito à vida, à liberdade, integridade física e moral que jamais poderão ser usurpados do ser humano.

Inobstante, desdobra-se desse valor kantiano da dignidade, o mínimo existencial, o qual seria o acesso do cidadão à bens básicos e essenciais, para a manutenção de sua vida, englobando nesse conceito o direito a políticas públicas eficientes, que devem ser exercidas pelo Estado, ante a força vinculante desse princípio.

Explica, Luís Roberto Barroso, o conceito de mínimo existencial:

Mínimo existencial: trata-se do pressuposto necessário ao exercício da autonomia, tanto pública quanto privada. Para poder ser livre, igual e capaz de exercer plenamente a sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública (BARROSO, 2020, p. 247).

Portanto, infere-se que após longo desenvolvimento exegético sobre a dignidade da pessoa humana chegou-se à conclusão de que este postulado tem força jurídica e deve ser efetivado pelo Estado, visto que é inerente ao ser humano a garantia de viver decentemente e, por corolário, o postulado em epígrafe deve ser parâmetro para as tomadas de decisões policêntricas que afetam toda a coletividade.

3 NOÇÕES GERAIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Preambularmente, injunge, afiançar que é dever dos entes federativos em cooperação, “concretizar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações, programas e políticas dos mais diferentes tipos”, com o objetivo de garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades, aptas a proporcionar um bem-estar social (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2017, p. 101).

Nessa linha, as políticas públicas são “um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado” (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2017, p. 101).

Por consequência, a utilização das políticas públicas seria o meio hígido para acudir direitos como a saúde, educação, alimentação, moradia, lazer, trabalho e assistência social, o que “exige dos poderes públicos, na maior parte dos casos, prestações positivas (direitos de promoção ou direitos prestacionais).” (NOVELINO, 2019, p. 519).

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SENSÍVEIS AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Vislumbre-se que a Constituição Federal de 1988 por buscar garantir um estado social igualitário, detém em seu bojo vasto catálogo de direitos fundamentais, além de normas programáticas, que em muitos casos exige determinados comandos para sua implementação, acarretando ao Estado amplas incumbências positivas (obrigações de fazer) na seara das políticas públicas.

Essas obrigações de fazer impostas aos poderes públicos, causam problemas para serem concretizadas, tendo em vista que exigem demasiado gastos de verbas públicas, levando muitas vezes a Administração Pública a alegar arditosamente a falta de recursos para suas instrumentalizações, trazendo ao lume a famigerada cláusula da reserva do possível.

Cumprе esclarecer que a cláusula da reserva do possível, manifesta-se como uma potencial barreira para a implementação dos direitos fundamentais, mormente, os que

necessitam de uma prestação positiva pelo Estado. Valem-se de argumentos fáticos e jurídicos para postergarem a concretização desses direitos sociais.

Gize-se, outrossim, que, para a sujeição à cláusula da reserva do possível a Administração Pública deve patentear robustamente os motivos para incidência dessa defesa processual, uma vez que meras conjecturas e ilações não são idôneas o suficiente para afastar o ônus do Estado em cumprir os mandamentos constitucionais.

Desta feita, para que seja acatada a cláusula da reserva do possível o Estado deve explanar três características fundamentadamente, quais sejam disponibilidade fática (apontar a total escassez de recursos para a implementação das políticas públicas), disponibilidade jurídica (apresentar a ausência de meios legais para disponibilizar as verbas, por meio principalmente das leis orçamentárias) e a razoabilidade e proporcionalidade da prestação (analisadas à luz do caso concreto).

Contudo, existem na Carta Magna brasileira, acervo de direitos fundamentais sociais que são direitos subjetivos de toda sociedade, afetas ao mínimo existencial, afastando assim a sujeição à cláusula da reserva do possível.

Nesse sentido, expressam Andrade, Masson e Andrade que:

Nesse contexto, é correto afirmar que o cerne da questão consiste em saber se os direitos sociais a prestações (aqui incluído o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, regulado no capítulo VI, título III, da Constituição Federal, que trata da Ordem Social) podem assumir a condição de verdadeiros direitos subjetivos, independentemente ou para além da concretização pelo legislador infraconstitucional. Vale dizer, se todos eles são dotados da possibilidade de tutela jurisdicional, inclusive e preferencialmente em escala coletiva, ou alguns deles dependem de prévia ponderação de outros Poderes do Estado, consistente na formulação específica de políticas públicas para sua implementação. Essa é a real e mais delicada questão constitucional que subjaz à polêmica sobre o controle judicial de políticas públicas. Identificada a problemática, cumpre assinalar que o princípio da dignidade da pessoa humana é um importante parâmetro a ser observado na tomada de decisão nessas ações. Referido princípio tem um conteúdo básico, sem o qual se poderá dizer que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. A esse conteúdo dá-se o nome de mínimo existencial, cuja inobservância autoriza o controle da omissão dos Poderes Legislativos e executivo pelo Poder Judiciário. (...) assim, adoção do conceito de mínimo existencial é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do legislativo ou do executivo por meio de políticas públicas específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da reserva do possível (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2017, p. 103-4).

Corroborar a tese em comento, o entendimento jurisprudencial do ínclito Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSIONAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GARANTIA DE BANHO AQUECIDO AOS PRESOS. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. ARTS. 12 E 39, IX, DA LEI 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL). TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. ART. 273, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (ART. 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). TUTELA DA EVIDÊNCIA (ART. 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DA TUTELA DE URGÊNCIA. ART. 4º DA LEI 8.437/1992 C/C O ART. 1º DA LEI 9.494/1997. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALEGAÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E DE INCIDÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. MANIFESTO INTERESSE PÚBLICO REVERSO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FATOS NOTÓRIOS E CONFESSADOS. SUSPENSÃO QUE VIOLA REQUISITOS LEGAIS OBJETIVOS PARA A CONCESSÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. Trata-se de Recurso Especial contra acórdão que negou provimento a Agravo Regimental interposto contra decisão do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que suspendeu liminar deferida nos autos de Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública estadual visando obrigar o Estado de São Paulo a disponibilizar, em suas unidades prisionais, equipamentos para banho dos presos em temperatura adequada ("chuveiro quente"). 2. Alega a Defensoria Pública: a) segundo parecer da Doutora Mônica Corso Pereira, Presidente da Sociedade Paulista de Pneumologia e Fisiologia e Professora da Unicamp, banho frio pode gerar ou agravar uma série de doenças, sobretudo em Estados como o de São Paulo, em que a temperatura cai sobremaneira em certos períodos do ano; b) a Secretaria da Administração Penitenciária - SAP informa que, dos 99 estabelecimentos prisionais do Estado, apenas cinco dispõem de instalações adequadas de aquecimento de água para presos, e c) nas demais instituições prisionais, somente presos "faxina" (encarregados da limpeza), os que cuidam do preparo ou distribuição de alimentos e os confinados em celas de enfermaria têm acesso a banho quente. Já o Estado de São Paulo aduz, entre outros argumentos, que a instalação de chuveiros elétricos exigirá obras complexas e recursos financeiros, que são finitos, além de implicar riscos à ordem e à segurança dos presídios. 3. De acordo com a decisão do Presidente do Tribunal paulista, o pleito de suspensão dos efeitos da tutela antecipada se apoia basicamente no fundamento de que "a ordem judicial representa ameaça de grave lesão de difícil reparação" (e-STJ fl. 123), ao exigir obras e dispêndios financeiros da Fazenda Pública. A providência foi deferida, porquanto estariam presentes "os requisitos ensejadores da intervenção desta Presidência para a suspensão da execução da decisão atacada". 4. Como se verá a seguir, na hipótese dos autos, contudo, não estão presentes os requisitos legais objetivos para a suspensão da tutela antecipada pelo Presidente do Tribunal. Ora, não se confunde grave lesão à ordem pública e à ordem econômica com dificuldades normais e superáveis da Administração (alocação de verbas) em cumprir decisão judicial de proteção de direitos humanos fundamentais. Ao contrário, o que se vislumbra, em juízo preliminar e perfunctório da matéria, é a possibilidade de se configurar grave lesão reversa à ordem, segurança e saúde públicas, caso mantida a decisão de suspensão da liminar. NATUREZA INCONTROVERSA DO FATO (AUSÊNCIA DE BANHO QUENTE) QUE AMPARA A TUTELA DE URGÊNCIA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA 5. É incontroversa - por notória e confessada - a situação fática de fundo (inexistência de banho quente nos estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo). Assim, no presente processo, somente dois

pontos jurídicos da decisão recorrida do Presidente do Tribunal de Justiça serão considerados. Ambos embasaram o acórdão recorrido e são estritamente de direito. Estão atrelados, de modo direto, o juízo preliminar (que ao STJ sempre incumbe fazer) acerca da compatibilidade entre as razões de decidir explícitas ou implícitas utilizadas pelo Presidente do Tribunal e o estatuído nos dispositivos legislativos invocados. O primeiro refere-se à hipotética invasão pelo Judiciário de esfera exclusiva da Administração. Vale dizer, a decisão de primeiro grau invadiria o âmbito de políticas públicas, território insuscetível de sindicabilidade e controle judiciais (= definição de prioridades administrativas). O segundo gira em torno da natureza jurídica da higiene de pessoas custodiadas pelo Estado (direito, dever, ou nada disso). RECURSO ESPECIAL E SUSPENSÃO DE LIMINAR OU SEGURANÇA: PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO 6. Em regra, o Superior Tribunal de Justiça entende que decisão que concede suspensão de liminar não se sujeita à censura de Recurso Especial, já que ostenta juízo político. Nesse sentido: AgRg no REsp 957.825/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 13/9/2013. 7. O caso concreto, no entanto, é peculiar, por ferir triplamente aspectos existenciais da textura íntima de direitos humanos substantivos. Primeiro, porque se refere à dignidade da pessoa humana, naquilo que concerne à integridade física e mental a todos garantida. Segundo, porque versa sobre obrigação inafastável e imprescritível do Estado de tratar prisioneiros como pessoas, e não como animais. Por mais grave que seja o ilícito praticado, não perde o infrator sua integral condição humana. Ao contrário, negá-la a um, mesmo que autor de crime hediondo, basta para retirar de todos nós a humanidade de que entendemos ser portadores como parte do mundo civilizado. Terceiro, porque o encarceramento configura pena de restrição do direito de liberdade, e não salvo-conduto para a aplicação de sanções extralegais e extrajudiciais, diretas ou indiretas. Quarto, porque, em presídios e lugares similares de confinamento, ampliam-se os deveres estatais de proteção da saúde pública e de exercício de medidas de assepsia pessoal e do ambiente, em razão do risco agravado de enfermidades, consequência da natureza fechada dos estabelecimentos, propícia à disseminação de patologias. 8. Em síntese, ofende os alicerces do sistema democrático de prestação jurisdicional admitir que decisão judicial, relacionada à essência dos direitos humanos fundamentais, não possa ser examinada pelo STJ sob o argumento de se tratar de juízo político. Quando estão em jogo aspectos mais elementares da dignidade da pessoa humana (um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil - expressamente enunciado na Constituição, logo em seu art. 1º) impossível subjugar direitos indisponíveis a critérios outros que não sejam os constitucionais e legais. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ 9. A Súmula 7/STJ não constitui obstáculo ao conhecimento do Recurso Especial sob análise, pois desnecessário revolver matéria fática. Pelo lado da pretensão manifestada na Ação Civil Pública, temos fatos notórios, que, como tais, independem de prova, consoante enuncia hoje o art. 374, I, do CPC/2015 e o fazia o art. 334, I, do CPC/1973. É notório que, pelo menos durante quatro meses do ano, em São Paulo, e, às vezes até durante o verão, ocorrem baixas temperaturas. Se assim é e se incontroverso que o Estado de São Paulo não disponibiliza banho quente para a maioria da população carcerária, estamos realmente diante de desrespeito, não individual, mas massificado, a direitos humanos. 10. Por outro lado, a sucinta argumentação do acórdão recorrido não aponta elementos concretos hábeis a demonstrar o preenchimento dos requisitos normativos para a suspensão da liminar, previstos no art. 4º da Lei 8.437/1992. A decisão recorrida não está fundada em análise de prova produzida, mas apenas na verossimilhança de argumentos apresentados pela Fazenda. REGIME LEGAL DA HIGIENE PESSOAL DOS PRESOS 11. Mais do que privilégio ou leniência do sistema punitivo estatal, a higiene pessoal representa

expediente de proteção de todos os presos, dos funcionários, dos voluntários sociais e religiosos, e dos familiares visitantes. Essa a razão para a Lei de Execução Penal atribuir filiação dúplice a "higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento", simultaneamente como direito e dever do condenado (art. 39, IX, da Lei 7.210/1984). 12. Além disso, a legislação impõe ao Estado o dever de garantir assistência material ao preso e ao internado, nela incluída "instalações higiênicas" (Lei 7.210/1984, art. 12), expressão que significa disponibilidade física casada com efetiva possibilidade de uso. Assim, não basta oferecer banho com água em temperatura polar, o que transformaria higiene pessoal em sofrimento ou, contra ordem, por ir além da pena de privação de liberdade, caracterizaria castigo extralegal e extrajudicial, consubstanciando tratamento carcerário cruel, desumano e degradante. 13. Finalmente, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, promulgadas pelas Nações Unidas (Regras de Mandela), dispõem que "Devem ser fornecidas instalações adequadas para banho", exigindo-se que seja "na temperatura apropriada ao clima" (Regra 16, grifo acrescentado, cf. publicação do Conselho Nacional de Justiça, com o título "Regras de Mandela"). Irrelevante, por óbvio, que o texto não faça referência expressa a "banho quente". 14. Correto, portanto, o juiz de primeira instância quando, na decisão de concessão da tutela antecipada, concluiu que "submeter os presos a banhos frios, sobretudo no inverno, segundo respeitado parecer médico juntado com a inicial, desencadeia ou agrava uma série de doenças. E, pior, segundo levantamento do CNJ, a maioria dos estabelecimentos penais não possuem médicos e enfermeiros em todos os períodos" (e-STJ, fl. 57) 15. Assim, patente a presença de todos os elementos para a concessão de tutela antecipada, decisão de primeiro grau, aliás, em harmonia com precedentes do STJ, citado pela petição inicial da Defensoria Pública: **"A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário"** (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/9/2009). Na mesma linha, outro precedente mencionado, este do Supremo Tribunal Federal: **"O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível"** (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.4.2004). Por isso, impõe-se restabelecer a integralidade da decisão de primeiro grau. 16. Eventuais dificuldades técnicas particulares insuperáveis, relacionadas a estabelecimentos específicos, que impeçam o oferecimento de banho quente, poderão ser submetidas ao próprio juiz de primeiro grau, a quem caberá apreciar a necessidade, ou não, de modificação do prazo que fixou, bem como os contornos e a extensão da sua decisão. CONCLUSÃO 17. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1537530 SP 2014/0320774-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 27/04/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2020). (BRASIL, STJ, 2020) (*Grifos Nossos*)

Nessa toada, aliás, o Supremo Tribunal Federal, reconhece vários direitos sociais, compelindo a Administração Pública em obrigações positivas, sob pena de aplicação de multa diária, principalmente em relação a área da educação infantil.

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA. PLENA LEGITIMIDADE DESSA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO.- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.- Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º)- não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina. O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo foi interposto contra acórdão, que, proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, está assim ementado (...). **Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas e reafirmando a correta determinação emanada do Poder Judiciário paulista, que impôs, ao Município de São Paulo, em face da obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças, o dever de viabilizar, em favor destas, a matrícula em unidades de educação infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida**, conheço do presente agravo, para negar seguimento ao recurso extraordinário, por manifestamente inadmissível (CPC, art. 544, § 4º, II, “b”, na redação dada pela Lei nº

12.322/2010), mantendo, por seus próprios fundamentos, o acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2011. Ministro CELSO DE MELLO Relator (STF - ARE: 639337 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/06/2011, Data de Publicação: DJe-123 DIVULG 28/06/2011 PUBLIC 29/06/2011) (BRASIL, STF, 2011) (*Grifos nossos*).

Portanto, todas as vezes em que a Administração Pública arguir a cláusula da reserva do possível ou até mesmo a invasão de suas discricionariedades para não cumprir políticas públicas, e essas letargias profanarem valores ligados a dignidade da pessoa humana, será admitido o ajuizamento de demandas perante o Poder Judiciário para o controle de políticas públicas.

5 UTILIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL ESTRUTURAL PARA CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme visto anteriormente, o preceito da dignidade da pessoa humana tem força vinculante, sendo um dos alicerces da Constituição Federal, o que leva o Estado a exercer condutas ativas prestacionais, perante a sociedade, como forma de garantir o mínimo existencial para todo povo.

É por meio das políticas públicas que o Estado cumpre os anseios constitucionais fundamentais, previstos no artigo 3º do diploma constitucional brasileiro, principalmente aos que dependam de fazeres estatais. Tomemos de exemplo os direitos sociais, insertos no artigo 6º da Constituição Federal.

No entanto, observa-se uma grande letargia estatal que ocasiona a dilapidação dos mandamentos constitucionais que não são respeitados pelos governantes, restando ao Poder Jurisdicional a incumbência de corrigir esses desvios estruturais, reestabelecendo a ordem constitucional a priori ideal.

Nesse contexto, impõe trazer à baila o processo civil estrutural que deve ser utilizado nestes casos, isto é, em demandas de fortes repercussões sociais, complexidades e com outras dificuldades, em que providências judiciais ordinárias demonstram-se ineficientes devido à complexidade do caso.

Destarte, como o processo policêntrico deve ser utilizado em ultima ratio, em casos de extensa envergadura, suas medidas judiciais devem acontecer de forma negociada e gradual, já que o processo civil comum não estabeleceu explicitamente, as

formas para a remodelação de toda uma estrutura tangivelmente abalada, apenas tímidos mecanismos processuais, consoante explicado abaixo.

Dessa maneira, deve-se estabelecer forte diálogo entre todos os integrantes do processo, até mesmo pessoas que são atingidas de ricochete pela ordem judicial. Calha salientar que, mesmo que ainda não exista uma lei para regular o processo civil estrutural, o legislador ordinário apenas implementou no código de processo civil, em seu artigo 190, a técnica de negociação jurídica processual, com escopo de reafirmar os princípios da boa-fé e cooperação, grafado nos artigos 5º e 6º do CPC.

Notemos:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (BRASIL, 2015).

Ademais, acresçam-se outros dois dispositivos do Código de Processo Civil que endossam o princípio da cooperação, dos artigos 67 ao 69, que disciplinam o instituto jurídico da cooperação nacional, os quais fixam o seguinte:

Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

Art. 68. Os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual.

Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:

I - auxílio direto;

II - reunião ou apensamento de processos;

III - prestação de informações;

IV - atos concertados entre os juízes cooperantes.

§ 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.

§ 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:

I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato;

II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;

III - a efetivação de tutela provisória;

IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas;

V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial;

VI - a centralização de processos repetitivos;

VII - a execução de decisão jurisdicional.

§ 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário (BRASIL, 2015).

De outro lado, os negócios jurídicos processuais, consoante ressaltado, tem um viés conciliador gerando flexibilizações dos procedimentos e atos judiciais, contribuindo para a criação de um panorama idôneo para aplacar as lesões exponenciais ocorridas no caso em análise.

Dessa forma, insofismavelmente, a aplicação do processo civil estrutural, não deve ser entendida como uma invasão do Poder Judiciário em competências exsurgidas do Poder Executivo, ou mesmo a discricionariedade administrativa que potencialmente violariam o pacto federativo da separação dos poderes.

Utiliza-se, portanto, os mecânicos apregoados pela doutrina estrutural, para a implementação coordenada dos comandos judiciais, superando as peculiaridades do processo civil tradicional, oportunizando que a relação processual seja abalizada pelo diálogo entre todos os atores públicos e a coletividade, pugnando-se sempre pela maximização das políticas públicas.

CONCLUSÃO

A evolução do presente estudo possibilitou uma perscrutação acerca das finalidades essenciais do processo civil estrutural em prol de toda a coletividade, visto que o processo civil comum ineficiente não conseguiu acompanhar os massivos problemas estruturais que assolam a sociedade brasileira devido aos seus altos graus de complexidade.

Ante o horizonte apresentado e os imbrólios gerados pela letargia dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Jurisdicional passou a entrar em cena, exigindo o cumprimento dos ditames da Constituição Federal, o que em excesso potencialmente violaria a separação dos poderes. Nesse diapasão, a doutrina moderna compilou esforços para apresentar um processo estrutural, fulcrado no diálogo e na cooperação mútua dos poderes, construindo um modelo processual *sui generis*, o que fortalece a democracia.

Dessa maneira, com o fito de tutelar a dignidade da pessoa humana em seu viés de mínimo existencial as medidas estruturantes extraídas dos provimentos judiciais aditivos ostentam-se satisfatórios, uma vez que as medidas estruturantes seriam empregadas paulatinamente e sem ofender as diretrizes orçamentárias e o pacto federativo.

Por conseguinte, divisa-se que a harmonia entre os poderes estabelecida por um intenso diálogo e cooperação retiram aquela carga contenciosa das demandas que maculam os fins de uma Estado social democrático, agravando a busca pelo estado ideal das coisas, que pode ser corrigido mais eficientemente com a incidência de um processo estrutural sobre políticas públicas, garantido dessa forma o bem-estar social.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano, MASSON, Cleber e ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**: Esquematizado. 7. ed. São Paulo, Método, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 jan. 2021, às 14h15min.

_____. **LEI nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 4 jan. 2021, às 09h05min.

BUCCI, MARIA PAULA DALLARI. **Políticas públicas e direito administrativo**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 22 dez. 2020, às 16h18min.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER Jr, Fredie; ZANETI Jr, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA JÚNIOR, José César Naves de. **Acesso à Justiça**: Uma mudança de paradigma na atuação do Poder Judiciário sob perspectiva da terceira onda renovatória. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_36/5artigoJose_CesarNaves_Layout_1.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2020, às 10h33min.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 1. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

Enviado em: 03/05/2021.

Artigo pré-aprovado, apresentado à comissão de bancas de TCC da FAQUI 2020/2.