

REVISTA DE
PROCESSO
RePro

ANO 45 • 305 • JULHO • 2020

COORDENAÇÃO:
TERESA ARRUDA ALVIM

PUBLICAÇÃO OFICIAL



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

EXECUÇÃO DE SENTENÇAS EM LITÍGIOS DE REFORMA ESTRUTURAL NA REPÚBLICA ARGENTINA: DIFICULDADES POLÍTICAS E PROCEDIMENTAIS QUE INCIDEM SOBRE A EFICÁCIA DESSAS DECISÕES

Enforcement in structural reform litigation in the Argentina Republic: political and procedural difficulties affecting its effectiveness

Revista de Processo | vol. 305/2020 | p. 403 - 424 | Jul / 2020
DTR\2020\7915

Francisco Verbic

Especialista em Direito Civil (UNPL) e em Direito Processual Aprofundado (UNA).
Magister em Estudos de Direito Internacional (NYU). Secretário Acadêmico e Professor do Mestrado em Direito Processual da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da UNPL. Membro Ordinário da Associação Internacional de Direito Processual e do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Advogado (UNPL). verbicfrancisco@gmail.com

Traduzido por Leonardo Silva Nunes

Doutor em Direito pela UFMG. Professor Adjunto da UFOP. Advogado.
msleonunes@gmail.com

Traduzido por Samuel Paiva Cota

Mestre em Direito pela UFOP – Bolsista CNPq. Advogado. samuelpaivacota@gmail.com

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: Este artigo sustenta que a efetividade das sentenças de reforma estrutural está condicionada a dois tipos de dificuldades. Em primeiro lugar, pela suposta interferência que seu cumprimento sugere em relação aos poderes discricionários de outros ramos (poderes ou funções) do governo. Denominarei essa condicionante “dificuldade política”. Em segundo lugar, pela ausência de regulamentação adequada para trabalhar, em sede judicial, com conflitos coletivos que requerem esse tipo de remédio para sua adequada solução. Denominarei essa segunda condicionante “dificuldade procedimental”. Ambas as dificuldades são apresentadas e analisadas à luz dos dois casos de reforma estrutural mais importantes decididos pela CSJN argentina: “Mendoza” e “Verbisky”. Além disso, este trabalho postula e afirma dois pontos. Por um lado, a legitimidade democrática do Poder Judiciário para proferir sentenças de reforma estrutural. Por outro, a urgente necessidade de sancionar normas adequadas na matéria, com o fim de permitir que tais decisões sejam eficazes e possam produzir resultados concretos para os seus beneficiários (muitas vezes, grupos desfavorecidos e relegados da discussão institucional).

Palavras-chave: Reforma estrutural – Execução de sentenças – Dificuldades políticas e procedimentais

Abstract: This paper argues that the effectiveness of structural reform judgments is conditioned on two types of difficulties. First, by the supposed interference that its enforcement suggests in relation to the discretionary powers of other branches (powers or functions) of the government. I will call this conditioning “political difficulty”. Second, due to the lack of adequate regulation to work, in court, with collective conflicts that require this type of remedy for its adequate solution. I will call this second condition “procedural difficulty”. Both difficulties are presented and analyzed in the light of the two most important structural reform cases decided by the Argentine CSJN: “Mendoza” and “Verbisky”. Moreover, this paper postulates and affirms two points. On the one hand, the democratic legitimacy of the judiciary to pronouncing structural reform judgments. On the other hand, the urgent need to sanction appropriate rules in order to enable such decisions to be effective and to produce tangible results for their beneficiaries (often disadvantaged groups relegated to institutional discussion).

Keywords: Structural reform – Enforcement – Political and procedural difficulties

Sumário:

I.Introdução - II.Processos coletivos de reforma estrutural - III.A dificuldade política -
IV.A dificuldade procedimental - V.Alguns mecanismos de execução que permitiram
superar a dificuldade procedimental sem agravar a dificuldade política - VI.Conclusão

I.Introdução

No¹⁻² âmbito de determinados tipos de processos coletivos, a implementação da sentença requer que o Poder Judiciário avance sobre a atuação de determinadas áreas e instituições de outros ramos do Poder Público. Trata-se dos denominados "litígios de reforma estrutural", um fenômeno relativamente novo na República Argentina.³ A principal característica desses processos judiciais, como veremos, é que versam sobre questões fortemente relacionadas com variados tipos de políticas públicas e resultam na imposição de ordens complexas, tanto no que se refere à definição de seus contornos quanto na de sua execução.⁴

Conforme argumentarei, a efetividade das sentenças de reforma estrutural está condicionada por dois tipos de dificuldades. Em primeiro lugar, por uma suposta interferência que o seu cumprimento sugere em relação aos poderes discricionários de outros ramos do governo. Denominarei essa condicionante "dificuldade política". Em segundo lugar, pela ausência de regulamentação adequada para trabalhar, em sede judicial, com conflitos coletivos que requerem este tipo de remédio para sua adequada solução. Denominarei essa segunda condicionante "dificuldade procedimental".

As decisões proferidas pela CSJN⁵ no âmbito dos casos "Verbitsky"⁶ e "Mendoza"⁷ configuram bons exemplos desse tipo de processo, da sentença que deles resulta, e dos dois tipos de dificuldades enunciadas anteriormente. Por esse motivo, essas decisões serão especialmente tomadas como ponto de referência ao longo do trabalho, tanto para desenvolver o alcance das referidas dificuldades como para apresentar algumas alternativas idealizadas pela CSJN a fim de superá-las.

Mediante a análise proposta, este trabalho postula e afirma dois pontos. Por um lado, a legitimidade democrática do Poder Judiciário para proferir sentenças de reforma estrutural. Por outro, a urgente necessidade de sancionar normas adequadas na matéria, com o fim de permitir que tais decisões sejam eficazes e possam produzir resultados concretos para os seus beneficiários (muitas vezes, grupos desfavorecidos e relegados da discussão institucional). Eficácia que deve ser entendida como parte essencial da garantia do devido processo legal e que configura um valor fundamental do direito processual moderno.⁸

II.Processos coletivos de reforma estrutural

Como já exposto, esse tipo de processo configura uma espécie do gênero dos processos coletivos. Suas raízes mais importantes podem ser encontradas no direito federal estadunidense, no qual as ordens judiciais de reforma estrutural (structural injunctions) foram classificadas como "um fenômeno moderno nascido de uma necessidade gerada pelo desenvolvimento do direito constitucional".⁹ O momento histórico de maior desenvolvimento do fenômeno teve lugar com a experiência dos direitos civis a partir dos anos 1960.¹⁰ Tanto é assim que a injunction se erigiu como a via processual por excelência para levar adiante a reforma de diversas instituições burocráticas, tais como prisões, estabelecimentos de sanidade mental e escolas com problemas de segregação racial, entre outras.¹¹

A denominação "estrutural" das sentenças proferidas nesses processos é atribuída pelo fato de que, por seu intermédio, os tribunais de justiça se envolvem na gestão de estruturas burocráticas e assumem certo nível de supervisão sobre políticas e práticas institucionais de diversas naturezas.¹² É importante destacar que, como regra geral, nesse tipo de sentença os juízes não fixam analiticamente e de forma antecipada todas e



cada uma das atividades que devem ser levadas a cabo pelo demandado para satisfazer a pretensão autoral reconhecida na decisão.¹³ Em vez disso, o que normalmente fazem é indicar os resultados que a execução deve produzir e, em todo caso, estabelecer os critérios gerais que devem ser respeitados para tanto.¹⁴ Os modos para alcançar a finalidade especificada na decisão são definidos pela discricionariedade do obrigado ou do órgão que opera em nome do tribunal competente e no lugar do obrigado.¹⁵ A execução, assim,

“passa a constituir-se em uma etapa de contínua relação entre o tribunal e as partes, criando um vínculo de supervisão a longo prazo de instruções fixadas em termos mais ou menos gerais, e, em última instância, a cargo da administração obrigada, embora no contexto de uma microinstitucionalidade desenhada por aquele.”¹⁶

São essas as características próprias da ordem contida na sentença que permitem diferenciar os processos coletivos de reforma estrutural daqueles processos coletivos “ordinários”. O que justifica a distinção, então, não é somente o fato de que o seu objeto envolve a necessidade de discutir determinada política pública, mas especialmente, insisto, o tipo de determinação que resulta da discussão. Isto é, o tipo de remédio que o Poder Judiciário deve estabelecer e implementar para solucionar o caso.¹⁷

Partindo dessa aproximação conceitual ao fenômeno dos litígios de reforma estrutural e as sentenças que deles derivam, avancemos agora sobre os dois tipos de dificuldades que condicionam sua eficácia.

III.A dificuldade política

Creio que podemos concordar que os casos constitucionais discutidos em “Mendoza” e “Verbitsky” eram relativamente fáceis. O difícil era (ainda hoje é) como remediar o problema estrutural, o estado de coisas inconstitucional que iniciou a discussão desses assuntos em sede judicial. Nessa ordem, parece evidente que não bastava (nem basta) uma boa e correta declaração de direitos constitucionais e convencionais. Em ambos os casos era necessário estabelecer um específico diálogo com a administração pública para avançar progressivamente no cumprimento da decisão toda vez que se requeriam reformas profundas que dificilmente (para dizer o mínimo) poderiam ser levadas adiante pelo Poder Judiciário sem a colaboração do condenado.¹⁸

Nesse contexto, o limite dos poderes de atuação do Poder Judiciário diante da administração pública configura, a meu modo de ver e além das limitações procedimentais que também abordarei mais adiante, uma das dificuldades que incidem diretamente sobre a execução de sentenças coletivas de tipo estrutural. Trata-se de uma dificuldade que denomino “política” e entendo que deve ser analisada partindo de duas premissas. A primeira é o lugar que tem os processos coletivos no contexto da dinâmica do poder estatal. A segunda, estreitamente relacionada com a anterior, é a legitimidade democrática que tem o Poder Judiciário para atuar nesse campo (apesar de que seus membros não são eleitos pelo sufrágio popular).

Para compreender o alcance dessa dificuldade, temos que partir do fato de que nosso país, ao reformar a Constituição Nacional no ano de 1994, reconheceu a existência de “direitos de incidência coletiva” e optou por um modelo de litígio coletivo de tipo representativo para tutelá-los em sede judicial.¹⁹ O caráter excepcional desses processos coletivos é evidente. Entre outras razões, ele obedece às particularidades do modelo representativo e a questões relacionadas com o impacto das decisões tomadas em seu seio. Nessa ordem de ideias, devemos ter presente que os conflitos discutidos no campo coletivo envolvem grande número de pessoas, são de índole policêntrica e, portanto, sua resolução tem uma extraordinária incidência direta ou indireta sobre importantes setores da sociedade (quando não sobre a sociedade completa).²⁰

Igualmente, há que se considerar que as decisões tomadas em sede judicial sobre esse tipo de conflito possuem características muito especiais que as diferenciam em grande medida das decisões coletivas tomadas no contexto dos outros poderes do Estado. Em



primeiro lugar, são fruto de uma discussão desenvolvida com base em regras formais de debate que põem as partes em situação de igualdade. Em segundo lugar, devem necessariamente estar fundadas no direito e não podem justificar-se em diretrizes políticas.²¹ Finalmente, as decisões proferidas em sede judicial são imutáveis em virtude da qualidade de coisa julgada dos efeitos das sentenças.

Se considerarmos que os conflitos de tipo coletivo tradicionalmente foram discutidos e resolvidos nas arenas da estrutura estatal com legitimidade democrática majoritária (isto é, Poder Legislativo e Poder Executivo), não é difícil notar a profunda mudança de paradigma que significou começar a fazê-lo no próprio Poder Judiciário. Sobretudo quando esses processos coletivos envolvem pretensões que buscam controlar o alcance ou a implementação de determinadas políticas públicas que vulneram direitos dos cidadãos.²² E muito mais ainda quando esse controle impõe o cumprimento de comandos complexos e continuados no tempo, como acontece nos processos coletivos de reforma estrutural. O mais delicado desse assunto é que tudo isso significou uma relevante modificação na dinâmica das relações entre os três poderes do Estado. E isso, a seu turno, gerou (e gera) sérias discussões em torno da legitimidade política e dos limites do Poder Judiciário de atuar nesse campo.²³

De acordo com o exposto até aqui, e à luz da experiência jurisprudencial dos últimos anos, parece claro que, na dinâmica do poder público, os processos coletivos operam como um instrumento para controlar e desafiar diretamente a autoridade estatal. Nesse aspecto de sua relação com o Estado (que, como bem explica Issacharoff, não é a única, já que em diversos contextos os processos coletivos operam como aliados do poder público),²⁴ as vias judiciais coletivas atuam como uma verdadeira ferramenta de participação cidadã no controle da coisa pública e como um canal de acesso ao diálogo institucional de certos grupos desfavorecidos que buscam tutelar direitos vulnerados por ações ou omissões estatais. Grupos que, por razões de naturezas distintas, muitas vezes não encontram espaços adequados para a discussão e solução de seus problemas na órbita dos poderes majoritários.²⁵

Ainda que a reforma constitucional de 1994 tenha reconhecido importantes garantias para a efetivação de direitos de certos grupos de pessoas (a qual, segundo tentei explicar, também colocou em cheque os paradigmas tradicionais em torno de como devem se discutir e resolver certos conflitos de índole coletiva), o processo legislativo não acompanhou a evolução como deveria. Se a falta de regulação adequada sobre o tema é um problema sério no contexto dos processos coletivos "ordinários" (para chamá-los de alguma maneira que nos permita diferenciá-los dos processos coletivos de reforma estrutural), ela configura um problema muito mais crítico quando a pretensão promovida pelo legitimado coletivo leva ínsita a necessidade de que o Poder Judiciário se envolva no funcionamento e na gestão da administração pública por meio de ordens de reforma estrutural.

O processo civil tradicional não é adequado para debater esse tipo de assunto. Essa falta de adequação é a que necessariamente deriva em decisões marcadas por carecer de legitimidade democrática, o que é algo muito razoável. Como pode a sociedade e o resto dos poderes do Estado perceber como legítima uma decisão proferida na obscuridade e secretismo de um expediente escrito, como fruto de um debate entre poucos, sem imediação com o juiz nem audiências públicas, sem mecanismos de intervenção e participação social, sem ferramentas de publicidade que concorram a garantir transparência e controle sobre a discussão?

Trabalhando sobre esse tema há alguns anos, cheguei à conclusão de que – como se afirma em diversos setores da doutrina constitucional – se o Poder Judiciário carece de legitimidade majoritária em nosso sistema, isto não significa que carece de legitimidade democrática para atuar no campo dos processos coletivos. O que se deve assumir de uma vez por todas é que os juízes formam parte do governo através do exercício de competências que lhes são conferidas de forma exclusiva e excludente pelo texto constitucional, cujo exercício não implica, necessariamente, invadir esferas de poder

pertencentes a outros órgãos do Estado nem se imiscuir em políticas de conteúdo geral que não lhes digam respeito.

O principal desafio que temos adiante para minimizar a dificuldade política na implementação das decisões de reforma estrutural, a meu modo de ver, está em melhorar o sistema através da geração de mecanismos que otimizem o diálogo entre as distintas funções de governo e permitam implementar decisões com maior grau de discussão prévia, publicidade, participação, transparência e consenso. Isto cabe para qualquer tipo de processo coletivo, mas especialmente quando se trata de litígios de reforma estrutural haja vista a complexidade das decisões tomadas e do impacto destas sobre relevantes políticas públicas (por si só complexas de definir e de implementar).²⁶

IV.A dificuldade procedimental

Conforme citado anteriormente, apesar dos claros comandos constitucionais incorporados pela reforma de 1994 (e, acrescento, da rigorosa posição tomada pela maioria da CSJN no caso "Halabi" quanto à necessidade de sancionar regras em matéria processual coletiva), ainda carecemos de mecanismos de debate idôneos para enfrentar e dirimir conflitos coletivos em sede judicial (seja os que envolvam questões de reforma estrutural ou de qualquer outro tipo). As únicas duas leis que contemplam algumas previsões sobre o tema conflitos coletivos são a Lei Geral do Ambiente 25.675 e a Lei de Defesa do Consumidor 24.240. Em ambas, porém, as previsões são manifestamente insuficientes para alcançar soluções adequadas e se encontram muito distantes de conformar uma regulamentação sistêmica do assunto.

No que mais interessa a este trabalho, devemos ter presente que nenhuma das leis mencionadas contém previsões relevantes em matéria de execução de sentenças do tipo estrutural, nem tampouco conferem ao juiz faculdades discricionárias adequadas para trabalhar nesse campo específico.²⁷ Essa falta de regulamentação legal adequada para gerir decisões complexas configura o que denomino "dificuldade procedimental", que os juízes devem contornar para obter uma sentença coletiva estrutural eficaz.

Chamada a decidir conflitos que exigiam uma reforma estrutural, a CSJN se viu obrigada a enfrentar essa dificuldade procedimental e a inovar (talvez como nunca antes em sua história) para poder superá-la. Como afirma Marinoni "se a técnica processual é imprescindível para a efetividade dos direitos, não se pode supor que, diante de uma omissão do legislador, o juiz não possa fazer nada".²⁸ Bem se poderia afirmar que essa é a premissa da qual partiu a CSJN em "Mendoza" e "Verbitsky" (assim como também em "Siri" e "Kot" há 50 anos e logo reafirmado em "Halabi"), já que para avançar na implementação da sentença fez uso de certos mecanismos e ferramentas de execução de sentença que poucos antecedentes se encontram no marco tradicional dos processos individuais, e inclusive com relação a outras classes de processos coletivos.

Antes de avançar na análise de algumas das modalidades que assumiram os processos de execução de sentença estrutural nos dois precedentes da CSJN que viemos tomando como ponto de referência para a análise, cabe destacar que a necessidade de inovar nesse campo não somente responde à ausência de regras positivas como também a duas características das sentenças de reforma estrutural já assinaladas: (i) a complexidade que assumem os comandos ali contidos; e (ii) a continuidade no tempo que supõe sua execução. Tudo isso faz com que o exercício de uma importante margem de discricionariedade judicial seja impossível de se evitar, se o que se pretende obter é uma decisão eficaz.

V. Alguns mecanismos de execução que permitiram superar a dificuldade procedimental sem agravar a dificuldade política

Entre os mecanismos idealizados pela CSJN em "Mendoza" e "Verbitsky" para obter uma sentença eficaz se destacam a delegação da execução a um Tribunal inferior, o estabelecimento de comitês de controle e supervisão com participação do terceiro setor



e dos cidadãos, a intervenção de organismos públicos específicos para controlar certos aspectos técnico-orçamentários da execução, e a geração de mesas de trabalho para avançar em soluções consensuadas.²⁹

Em continuação, analisarei brevemente cada um desses mecanismos, no entendimento de que podem ser alternativas interessantes a serem avaliadas por outros magistrados a fim de alcançar o cumprimento de suas decisões nesse campo. Essa análise representa o alcance das soluções tomadas pela Corte, e também alguns desenvolvimentos teóricos com relação a instrumentos de execução similares previstos no direito comparado e em alguns projetos atualmente em discussão.

Segundo veremos, é interessante considerar como a CSJN superou, em grande medida, a dificuldade procedimental mediante um prudente exercício de suas faculdades discricionárias com base nos arts. 34 e 36 do CPCCN, cuidando, ao mesmo tempo, para que esse exercício não agravasse a dificuldade política que analisamos (presente em cada etapa em ambos os expedientes).

1. Delegação da execução a outros juízes (ou agentes especiais)

Em "Mendoza", a Corte delegou o processo de execução de sentença ao Juízo Federal de Primeira Instância de Quilmes, a quem também facultou fixar o valor das multas diárias derivadas do não cumprimento do programa estabelecido na sentença. Três foram as razões que levaram o supremo tribunal a tomar essa decisão: (i) as dificuldades e os incidentes processuais que certamente se apresentariam durante o cumprimento dos numerosos comandos contidos no programa; (ii) a necessidade de manter a racionalidade da agenda de casos que se deve lidar; e (iii) a busca de um maior grau de imediação entre os juízes e as partes.³⁰

Essa delegação da execução da sentença nas mãos de outros juízes ou de sujeitos que operam na qualidade de auxiliares da Corte (officers of the Court ou Special Masters) é uma prática frequente nos Estados Unidos da América.³¹ Diante do vazio legal na matéria, creio ser interessante explorar esta última alternativa, a qual já se encontra em discussão no Brasil.³² Esses auxiliares da Corte são agentes que operam sob a direção do Tribunal que proferiu a decisão, a quem devem se dirigir tanto para prestar contas de sua atuação quanto para obter a remoção de qualquer obstáculo que encontrem no cumprimento de suas atribuições e exceda os poderes que lhes foram outorgados para atuar.³³ Ainda que resulte em um recurso de caráter excepcional,³⁴ a utilização desses auxiliares demonstra importantes vantagens para os magistrados, já que – sem perder o poder de direção e controle sobre o assunto – impede que suas tarefas cotidianas sejam absorvidas pela gestão que exige o cumprimento da decisão.³⁵

Ainda que nos Estados Unidos da América a figura tenha nascido como uma criação jurisprudencial, atualmente possui uma regulamentação precisa na Regra de Procedimento Civil Federal 53 graças à reforma do ano de 2003.³⁶ Nela está prevista a faculdade das cortes de designar um master em diversas situações, entre as quais se contempla a necessidade de atender procedimentos anteriores ou posteriores ao juízo quando o tribunal ou outros juízes da jurisdição não possam fazê-lo com eficácia e em tempo adequado.³⁷ Entre as tarefas que foram encarregadas à figura durante a etapa posterior ao juízo se destacam as negociações de acordos conciliatórios, a realização de investigações e a administração de organizações.³⁸ Este último rol é particularmente recomendado quando o caso envolve uma ordem complexa e a parte obrigada tenha demonstrado ser reticente em seu cumprimento.³⁹

A menos que a providência de designação estabeleça o contrário, o master se encontra investido de competência suficiente para regular os procedimentos e tomar todas as medidas que julgue necessárias para cumprir, de forma justa e eficiente, os deveres impostos. O limite de tais poderes está nas sanções por contempt of court (desobediência ao tribunal), já que o auxiliar do juiz não detém poder de império para impô-las e deve se limitar a sugerir ao juiz da causa como proceder.⁴⁰ A fim de permitir



o melhor cumprimento de suas funções e dotar de maior flexibilidade a figura, a norma determina que a providência de designação – cujo conteúdo, a seu turno, estabelece detalhadamente na seção (b) (2) – pode ser modificada a qualquer momento, mediante prévia notificação e oportunidade de audiência para as partes.⁴¹ Uma vez posto em função, para o qual deve prestar compromisso, o sujeito designado assume os deveres e as obrigações próprias de um oficial do juízo e fica sujeito a iguais padrões éticos que os juízes.⁴²

A meu juízo trata-se de uma ferramenta interessante que, em princípio, poderia ser incorporada ao ordenamento jurídico argentino. De toda forma, se isso acontecer, há diversas questões que devem ser discutidas para que possa colaborar no cumprimento de comandos estruturais sem gerar, ao mesmo tempo, outro tipo de problema. Nesse sentido, deve-se colocar especial ênfase em gerar suficiente imediação entre o funcionário designado e as partes. Igualmente, não se deve esquecer que os tribunais podem delegar funções, mas não responsabilidade. Portanto, torna-se indispensável que, junto com a delegação, se prevejam mecanismos de supervisão e de controle adequados às mãos do responsável primário de que a sentença seja cumprida (isto é, o tribunal que a proferiu).⁴³ Retomarei isso mais adiante, no ponto 3. Outra variável a se considerar é o tema dos custos que a intervenção de um novo sujeito ao processo representaria.⁴⁴ Sobre esse ponto, entendo que o Estado poderia estar em condições de subsidiar a intervenção de um master mediante o reinvestimento de apenas uma parte dos recursos que se poupam no sistema graças ao tratamento coletivo do assunto.

2. Astreintes e Contempt of Court

A aplicação de multas para pressionar o cumprimento de uma decisão judicial é uma ferramenta bem conhecida na Argentina. Essas multas são denominadas astreintes, têm origem no direito francês e foram recepcionadas pelo nosso Código Civil (LGL\2002\400) e nosso ordenamento processual nacional.⁴⁵ Elas assumem a qualidade de condenações acessórias, condicionais e discricionárias, impostas pelo juiz com o fim de impor ao devedor o cumprimento do ordenado em sua decisão. Dessa forma, servem para proteger tanto o interesse público pelo respeito devido à autoridade dos magistrados como o interesse privado do interessado no cumprimento da prestação.⁴⁶

No que mais interessa para este trabalho, as astreintes foram efetivamente utilizadas pela CSJN no contexto da sentença estrutural proferida na causa “Mendoza”. Há duas questões para se destacar com respeito ao modo em que se produziu essa utilização. A primeira delas é que a CSJN impôs as condenações pecuniárias de modo eventual na própria decisão de mérito sobre o assunto, apesar de que, geralmente, sua aplicação se dá imediatamente, após verificado algum descumprimento. A segunda é que tais multas não foram impostas ao Estado enquanto ente, mas especificamente ao funcionário responsável do órgão obrigado a cumprir (isto é, o Presidente da ACUMAR).⁴⁷

Essa modalidade de imposição pessoal das multas se encontra em pleno debate. Na Argentina, por exemplo, a recente Lei 26.854 estabeleceu em seu art. 9º que os juízes não poderão “impor aos funcionários penalidades pessoais pecuniárias”. Tratando-se de um comando contido em uma lei sobre medidas cautelares contra a administração pública, é de se supor que tal proibição somente se aplica quando a penalidade pecuniária tenha a função de obter o cumprimento de uma ordem desse tipo. A se confirmar essa interpretação, os juízes continuariam gozando de competência para impor tais sanções quando se tratar de compelir ao cumprimento da sentença de mérito.⁴⁸

Vale assinalar, também, o que está acontecendo no Brasil, onde essas sanções pecuniárias tem representado tradicionalmente um papel importante em matéria ambiental para pressionar o devedor a cumprir a ordem contida na sentença.⁴⁹ Encontra-se em discussão um projeto sobre “Princípios aplicáveis ao controle jurisdicional de políticas públicas”, cujo art. 18 dispõe que, em caso de descumprimento, os funcionários responsáveis poderão ser condenados a pagar as multas previstas no



Código de Processo Civil (sem prejuízo de outras responsabilidades).⁵⁰ A norma projetada é determinante no sentido de que, uma vez que o juiz decida aplicá-las, as multas devem ser impostas de forma pessoal. Não obstante, parece conveniente deixar a cargo do juiz certa margem de discricionariedade a fim de avaliar se o descumprimento resulta de um capricho do funcionário ou de razões que escapam ao seu poder de decisão. No último caso, não parece sensato que as multas devam ser impostas na pessoa de quem, por mais que queira, não possa cumprir com o que se está requerendo.⁵¹

Por último, há que se considerar que essa classe de medidas coercitivas encontra também interessantes antecedentes no sistema federal estadunidense, o qual habilita a aplicação de multas em dinheiro e/ou prisão do demandado por se encontrar incurso na figura do contempt of court (que na esfera civil assume o nome de civil contempt). No campo dos litígios de reforma estrutural, a utilização desse instituto obedece em grande medida a dois motivos. Por um lado, a impossibilidade de criar um repertório completo de meios de execução direta (o qual, a seu turno, se explica pela grande variedade de formas que pode assumir as structural injunctions).⁵² Por outro lado, ao fato de ser considerado como o instrumento mais adequado para garantir o cumprimento dos chamados non-monetary judgements (isto é, sentenças de conteúdo não patrimonial).⁵³

Quanto à prisão por desobediência ao tribunal (caráter "penal" do instituto), vale destacar que não configura uma pena, mas uma medida de coerção.⁵⁴ Considera-se que o sujeito está sob o poder disciplinar do juiz, quem executa a sanção que considera razoável para constranger o cumprimento da decisão.⁵⁵ Não se encarcera o devedor pelo simples descumprimento, mas por violar as ordens do tribunal. Em virtude disso, diz-se que a parte carrega em seu próprio bolso as chaves da prisão, uma vez que o cumprimento da sentença purga a situação e resulta em sua imediata libertação.⁵⁶ Na Argentina há um mecanismo utilizado pelos tribunais com certa regularidade e que tende a gerar pressão no mesmo sentido. Refiro-me ao envio dos antecedentes⁵⁷ à justiça penal para que avalie a possibilidade de aplicação do delito de desobediência.⁵⁸ Existem, entretanto, grandes diferenças com a figura do contempt of court. Entre elas se destacam as seguintes: (i) o instituto estadunidense não requer a intervenção de outro juiz, já que se considera um poder implícito na função jurisdicional de todos os magistrados; y (ii) como já assinaléi, no sistema estadunidense o cumprimento purga a situação e determina a imediata libertação do inadimplente – o que não ocorre em caso de se configurar o delito penal na Argentina.

3. Mecanismos de controle e participação cidadã

Junto à mencionada delegação de competência com a finalidade de alcançar maior eficiência na execução da sentença, a Corte estabeleceu em "Mendoza" um sistema de monitoramento e controle da implementação da decisão. Esse sistema se baseia em dois pilares fundamentais. Por um lado, o Tribunal designou a Auditoria Geral da Nação a fim de controlar especificamente a atribuição de fundos e a execução orçamentária de tudo o que tivesse relação para com o programa a ser cumprido. Da mesma forma, autorizou o juiz da execução a apresentar todos os questionamentos que considerasse necessário com relação ao controle orçamentário e a sua execução.⁵⁹ Por outro lado, e com o declarado objetivo de fortalecer a participação cidadã neste processo, o Tribunal conferiu à Defensoria Pública o caráter de coordenador de um corpo colegiado a constituir-se com as diversas ONGs atuantes como terceiros na ação. Esse corpo tem por objetivo: (i) coletar sugestões dos cidadãos e dar-lhes o tratamento adequado; (ii) receber informação atualizada; e (iii) formular planos concretos perante a ACUMAR para a melhor realização do propósito a ser alcançado.

A essa altura torna-se imprescindível contar com uma participação mais intensa dos cidadãos a fim de obter uma melhor gestão da coisa pública, o que desperta imediatamente a necessidade de pensar em instrumentos adequados que habilitem tal participação (especialmente no seio do Poder Judiciário, que tradicionalmente tem sido visto como um cenário alheio a este fenômeno).⁶⁰ Os processos coletivos têm a



capacidade necessária para gerar – mesmo com a ausência de normas claras de debate – um espaço de ressonância social propício para o desenvolvimento da participação cidadã no procedimento de tomada de decisões públicas.⁶¹ Isto tem sido demonstrado por meio de decisões como aquelas tomadas pela CSJN em “Mendoza” e “Verbitsky”. Incorporar os cidadãos para que colaborem no controle de decisões estruturais que afetem direta ou indiretamente a sua vida cotidiana pode ser um bom recurso para superar, ao menos em parte, ambas as dificuldades analisadas neste trabalho (a política e a procedimental).

4. Mesas de diálogo

Ao resolver a causa “Verbitsky”, entre outras questões, a CSJN obrigou os Poderes Executivo e Legislativo da Província de Buenos Aires a adequar sua legislação processual penal em matéria de prisão preventiva e libertação, assim como sua legislação de execução penal e prisional, para que comunguem com os padrões constitucionais e internacionais. É evidente que uma reforma do gênero mal poderia ser resolvida no bojo da própria sentença. As dificuldades para implementar essa decisão eram evidentes, já que envolviam modificações verdadeiramente estruturais que requeriam a colaboração dos distintos departamentos de Estado da Província de Buenos Aires.⁶²

Consciente de tudo isso, a CSJN contornou a dificuldade procedimental sem agravar a dificuldade política, ao ordenar ao Poder Executivo local que, por intermédio do seu Ministério de Justiça,

“organizasse a convocação de uma Mesa de Diálogo para a qual convidaria a autora e o restante das organizações atuantes na condição de *amicus curiae*, sem prejuízo de integrá-la com outros setores da sociedade civil que poderiam aportar ideias e soluções e que em um âmbito de discussão facilitada permitisse chegar a soluções consensuais e sustentáveis”.⁶³

Igualmente, requereu o aumento de informes periódicos, a cada 60 dias, dos avanços obtidos nas referidas mesas de diálogo.⁶⁴

Sobre esta particular modalidade de execução, orientada a obter avanços consensuados, compartilho o que destaca Phillipini quanto ao fato de que a Mesa “deve ter extrema atenção sobre esse ponto a fim de que seu trabalho seja produtivo”. E compartilho igualmente suas críticas no sentido de que a maioria da CSJN “poderia ter sido mais cuidadosa para dizer o porquê acreditava que essa mesa, e não outro espaço, era a solução mais adequada e como deveria funcionar”. Essa crítica, no entanto, não deveria ser demasiada, tendo em vista que era a primeira vez que a Corte utilizava uma ferramenta do gênero.

VI. Conclusão

A CN, desde sua formação original, confere ao Poder Judiciário um acúmulo de competências exclusivas e irrenunciáveis. A resolução de conflitos coletivos que derivam de uma sentença de reforma estrutural, assim como também o estabelecimento de mecanismos adequados e idôneos para alcançar sua eficácia, configuram uma verdadeira e própria obrigação do Poder Judiciário sempre que o assunto se apresenta diante de suas instâncias em forma de “causa ou controvérsia (coletiva)”.⁶⁵

Partindo dessa premissa, e como já foi adiantado, entendo que a atuação do Poder Judiciário na dissolução de conflitos coletivos de reforma estrutural não implica, de modo algum, avanço indevido sobre o resto dos departamentos [poderes ou funções] do Estado. Ao menos não em princípio. É que o Judiciário configura um poder do Estado tão democrático como o Executivo ou o Legislativo, ainda quando sua legitimidade repousa sobre bases distintas do sufrágio popular.⁶⁶ Não haverá invasão na medida em que os juízes exerçam com responsabilidade sua tarefa e se limitem a atuar dentro das competências que lhes foram constitucionalmente estabelecidas (self restraint). Em contrapartida, o abuso se caracterizará se excederem o referido limite e pretenderem



ditar regulações gerais e abstratas ou mesmo se apropriar de competências administrativas que não lhes competem.

Nos últimos casos, efetivamente, seria correto falar de vulneração do princípio da separação de poderes. Mas deve ficar claro que se trata de caso patológico. O normal é que o Poder Judiciário atue dentro das competências estabelecidas na Constituição. Os excessos existem, como em todo âmbito. Entretanto, trata-se de exceções que confirmam a regra e que contam com seus canais específicos para serem corrigidas (juízo político, júri de acusação).

Segundo tentei demonstrar, a CSJN conseguiu superar (ao menos em parte, e com destacado êxito) as dificuldades políticas e procedimentais que se apresentaram no momento de avançar na implementação das sentenças de reforma estrutural proferidas em “Mendoza” e “Verbitsky”. Para tanto, redefiniu certos mecanismos processuais e criou outros novos. Suas ações nesse campo, sem sombra de dúvidas, podem servir de guia para distintos magistrados de instâncias inferiores, que devam avançar em processos de implementação de comandos estruturais.

Não obstante, devemos ter presente que a Corte pode fazer o que fez porque é a Corte. Quero dizer que: (i) não tem nenhuma instância superior que possa revisar suas decisões; e (ii) conta com forte poder político enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, o qual a permite portar-se perante a administração pública de uma maneira muito particular.⁶⁷ Os magistrados inferiores carecem de ambas as vantagens, e, em razão disso, resulta fundamental que contem com um respaldo legal para poder atuar nesse campo. Pedir aos magistrados inferiores que avancem como fez a Corte em “Mendoza” e “Verbitsky” sem contar com um respaldo regulamentar adequado é possível. Porém, talvez seja demasiado.

1 Conferência geral apresentada pelo autor na subcomissão de direito processual constitucional “Execução de sentenças em litígios estruturais e complexos. A eficácia do Poder Judiciário no controle das políticas públicas”, no XXVII Congresso Nacional de Direito Processual, Córdoba, Argentina, 18 a 20 de setembro de 2013.

2 Revisão da tradução por Malena Silva Nunes (Doutoranda e Mestre em Geografia pela UFMG – malena_nunes@yahoo.com.br). Os tradutores buscaram a maior fidelidade possível às ideias originais do autor, tributando-se a eles, exclusivamente, qualquer diferença de significado entre a sua interpretação e a tradução literal do texto. Também sobre o assunto, segundo a opinião dos tradutores, cf.: NUNES, Leonardo Silva. A certificação de processos estruturais. Coletivização e Unidade do Direito. Org. Luís Alberto Reichelt; Marco Félix Jobim. Londrina: Thoth, 2019; NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. Novas Tendências, Diálogos entre Direito Material e Processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Org.: Juliana Cordeiro de Faria, Ester Camila Gomes Norato Rezende e Edgard Audomar Marx Neto. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

3 Ver o trabalho de BERGALLO, Paola. “Justice and experimentalism: judicial remedies in public law litigation in Argentina”, apresentado no Painel 4 da reunião do SELA, realizado no ano de 2005, disponível on-line em: [www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice_and_Experimentalism.pdf] (no qual a autora aborda a problemática desde a ideia do litígio de interesse público e experimental, considerando compreendidos dentro dessas noções tanto os processos coletivos como os processos individuais que tem por objeto “a transformação estrutural de instituições estatais para alcançar o respeito aos direitos e valores democráticos reconhecidos na Constituição”).



4 Em geral, sobre o tema, se pode consultar o clássico trabalho de FISS, Owen M. *The civil right injunction*. Bloomington & London: Indiana University Press, 1978.

5 NT. Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina.

6 "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus" CSJN, sentença de 03.05.2005, Fallos 328:1146 (contendo a pronúncia de uma sentença estrutural voltada a melhorar a situação das pessoas privadas de sua liberdade na Província de Buenos Aires).

7 "Mendoza, Beatriz c/ Estado Nacional y ots. s/ daños e Perjuicios", sentença de 08.07.2008, Fallos 331:1622 (contendo uma sentença estrutural que ordena a ACUMAR, o Estado Nacional, a Cidade de Buenos Aires e a Província de Buenos Aires a recompor o ambiente danificado na bacia hidrográfica Mataza-Riachuelo).

8 Veja em geral MARINONI, Luiz G. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Ed. Palestra, 2007. p. 219-227. Ver também BERIZONCE, Roberto O. *El proceso civil. Modelo teórico y realidad*, L.L., 2005-F-1238 (destacando o reconhecimento a nível constitucional e supraconstitucional da "questão da eficácia em concreto do sistema de justiça").

9 Nos Estados Unidos da América os litígios de reforma institucional ou estrutural são uma realidade na práxis jurisprudencial há mais de 50 anos. É importante destacar que, em linhas gerais, tais litígios são tidos em grande estima pela sociedade estadunidense apesar de apresentar muitos inconvenientes. Na opinião de alguns autores essa estima se baseia em algumas percepções equivocadas. Uma delas é a de que os juízes controlam os litígios de reforma estrutural. Nesse sentido, se afirma que "as pessoas ignoram as falhas porque respeitam mais os juízes do que o Estado e os políticos locais. Acreditam que os juízes têm a sabedoria, a inteligência e as boas intenções necessárias para colocar as coisas em seu devido lugar". Diante disso, esses mesmos autores põem em evidência uma realidade presente na prática cotidiana: os decretos estruturais não são produto do trabalho dos juízes, que, ao contrário, na imensa maioria dos casos, se limitam a homologar decretos consensuais entre os advogados das partes. Os decretos alcançados deste modo, "usualmente não se aproximam (em ocasiões, nem remotamente) do que o direito exige para o caso, mas representam acordos que, como outros em política, refletem a soma de diversos fatores" (SANDLER, Ross; SCHOENBROD, David. *Democracy by Decree: what happens when courts run government*, Yale University, 2003, Introduction). Ver também SHOBEN, Elaine W.; TABB, William M.; JANUTIS, Rachel M. *Remedies cases and problems*. New York: Fourth Edition Foundation Press, 2007. p. 303.

10 FISS, Owen. *The civil right injunction*. Bloomington & London: Indiana University Press, 1978. p. 7.

11 Desenvolvimento que não foi nada fácil por duas razões fundamentais. Em primeiro lugar, por falta de conhecimento dos juízes sobre o comportamento organizacional; e em segundo lugar, pela assombrosa capacidade das organizações de adaptar-se às intervenções por meio do reestabelecimento das relações de poder preexistentes (FISS, Owen M. *As formas de justiça*. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre a jurisdição, constituição e sociedade. Trad. Daniel P. Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 64).

12 Sobre o alcance da noção de injunctions enquanto remédio de equidade no sistema federal estadunidense, ver FISS, Owen M. *The civil right injunction*. Bloomington & London: Indiana University Press, 1978 [identificando três tipos de injunctions: (i) preventiva (preventive), que tem por objeto evitar que se produzam certos fatos no futuro; (ii) reparadora (reparative), a qual busca compelir o demandado a assumir certa conduta para corrigir efeitos de fatos ilícitos ocorridos no passado; e (iii) estrutural (structural), que tem por objetivo reorganizar uma instituição social em atividade]. Cabe



assinalar que, como explica Bergallo, na tradição legal de nosso país não existe uma noção equivalente ao que se entende por remedies nos Estados Unidos. Neste último cenário, o conceito de remedy se refere às diversas medidas de asseguramento de direitos que os tribunais podem ordenar uma vez que estão convencidos do mérito da pretensão autoral (BERGALLO, Paola. Justice and experimentalism: judicial remedies in public law litigation in Argentina. SELA, 2005. Disponível on-line em: [www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice_and_Experimentalism.pdf]).

13 Ao proferir a sentença em “Mendoza”, a CSJN cuidou de especificar que a condenação consiste em um “...mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados” (considerando 15º). Uma ordem cujo conteúdo foi diagramado pelo próprio tribunal no uso das atribuições conferidas pela Constituição e pela lei geral do meio ambiente. As razões que o levaram a agir desse modo também se encontram explicitadas na decisão: nenhuma das partes contribuiu com informes suficientes para tanto. Ainda que a Corte tenha invocado a Constituição Nacional e a lei geral do meio ambiente como fundamentos de sua competência para determinar o conteúdo da condenação, evitou citar qualquer dispositivo de tais normas ou especificar (em relação a esse ponto da decisão) a que princípios ou diretrizes políticas, das compreendidas naquelas, estava fazendo alusão. Tampouco se encontra na sentença algum tipo de citação doutrinária ou jurisprudencial (local ou estrangeira) que possa ser utilizada. Não obstante, é possível advertir que a estrutura e o objeto da decisão comungam em grande medida com as injuncions ditadas pelas cortes norte americanas.

14 Nessa linha, no momento de fundamentar a condenação contida na sentença proferida em “Mendoza”, a CSJN enfatizou a necessidade de se limitar a fixar “critérios gerais” a fim de cumprir com o objeto da pretensão e deixar nas mãos da Administração Pública demandada a faculdade de determinar as ações concretas que fossem necessárias para obter sua consecução. A razão de tal postura foi manifestada de forma expressa na sentença: evitar um avanço indevido sobre a esfera de atuação do Poder Executivo. Os critérios gerais fixados pela Corte, por sua vez, foram definidos como integrantes de um “programa”. Segundo o tribunal, este se impunha como algo necessário para garantir a eficácia na implementação da decisão. O referido programa, definido detalhadamente [no considerando 17º], tem por conteúdo “...um comportamento definido com precisão técnica, a identificação de um sujeito obrigado ao cumprimento, a existência de índices objetivos que permitam o controle periódico de seus resultados e uma ampla participação no controle”. Em “Verbitsky” a postura assumida pela maioria foi similar, já que, além de ordens concretas relacionadas com certos subgrupos compreendidos na classe representada pela entidade autora, a decisão foi de tipo exortativo e estabeleceu, como veremos mais adiante neste trabalho, a necessidade de implementar uma mesa de diálogo para obter avanços progressivos e consensuados sobre a matéria de fundo em discussão (readequação da legislação local em matéria penitenciária, entre outras).

15 Ver TARUFFO, Michele. L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1988,. p. 142 e ss. (referindo-se ao instituto conhecido como Officers of the Court).

16 BERIZONCE, Roberto O. conflictos ambientales de interés público y principios procesales, DJ 14.09.2011. Sobre esta ideia de “microinstitucionalidade”, ver LORENZETTI, Ricardo. Justicia colectiva. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2010. p. 185-186. Ver também PEREIRA CAMPOS, Santiago. Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en América. In: OTEIZA, Eduardo (Coord.). Procesos colectivos. Class actions. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2012. p. 203, 231-232, 240-242.

17 Nesse sentido, tem-se presente que o caso “Halabi”, por exemplo, envolve uma séria questão relacionada com a política pública de segurança. Entretanto, o caso coletivo se resolveu com uma sentença meramente declaratória e não requereu nenhuma reforma



institucional ou estrutural para que a decisão fosse eficaz.

18 Ver BERGALLO, Paola. Justice and experimentalism: judicial remedies in public law litigation in Argentina, apresentado no Painel 4 da reunião do SELA realizada no ano de 2005, disponível on-line em [www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice_and_Experimentalism.pdf] (assinalando que o modelo experimentalista de ordens estruturais propõe este tipo de modelo deliberativo, no qual os atores e os oficiais públicos negociam a melhor solução possível sob condições de provisoriedade, transparência e sob o controle de um juiz e seus auxiliares).

19 Há diversas formas de enfrentar a conflituosidade coletiva com o fim de economizar recursos e alcançar soluções uniformes para um grupo de pessoas que se encontra em situação similar diante do demandado. O mais interessante dos modelos de tipo representativo é que também operam como uma importante ferramenta de acesso à justiça quando as pretensões são de escassa quantia e, portanto, não geram incentivo suficiente para serem promovidas individualmente. A primeira nota característica deste modelo representativo é que funciona sobre a base de uma ficção legal: considerar presentes no processo os membros da classe que são representados pelo legitimado coletivo, que exerce uma representação atípica já que não é necessário que os membros da classe o outorguem algum tipo de mandato ou autorização expressa para que possa atuar em sua defesa (no esquema desenhado pela reforma de 1994, tais legitimados coletivos são o afetado, as organizações do terceiro setor, o Defensor do Povo da Nação [Defensoria Pública] e o Ministério Público; arts. 43, 2º parágrafo, 86 e 120 da CN). Mais ainda, em certos casos – majoritariamente os que compreendem pretensões de objeto indivisível – o representante está habilitado para atuar em nome de membros da classe que possam estar em franco desacordo com o avanço da ação. A segunda nota característica desse tipo de processos é que a qualidade da coisa julgada dos efeitos da sentença obtida pelo legitimado coletivo se projeta, em princípio, sobre toda a classe envolvida no conflito. O modo em que opera esta expansão da coisa julgada pode ser mais ou menos drástico dependendo do tipo de sistema que se adote a respeito (pro et contra, secundum eventum litis etc.). De todo modo, o certo é que sempre se produz algum tipo de coisa julgada coletiva e que, portanto, as pessoas compreendidas na classe verão afetada sua situação pela ação de representantes (e um advogado ou grupo de advogados) que não elegeram, que podem não conhecer e que inclusive, como já assinalai, em certas ocasiões podem atuar inclusive contra a vontade expressa de algumas das pessoas que representam. Sobre o tema em geral ver GIANNINI, Leandro. La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos. La Plata: Librería Editora Platense, 2007; SALGADO, José M. Tutela individual homogénea. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2011; VERBIC, Francisco. Procesos colectivos. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2007.

20 CHAYES, Abraam. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, may 1976. p. 1281. Ver também VERBIC, Francisco. Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación”, L.L. 2010-A-769 (no qual intencionei descrever as características principais dos conflitos coletivos para fundamentar nelas, e não em categorias conceituais abstratas, a necessidade de uma tutela diferenciada nesse campo).

21 Sobre a distinção entre regras, princípios e diretrizes políticas ver DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously, 1977, tradução ao castelhano de GUASTAVINO, Marta. Los derechos en serio. Barcelona: Ed. Ariel Derecho, 1984. en especial p. 72 y ss., p. 147 y ss., p. 232 y p. 303.

22 Com efeito, há algum tempo (fundamentalmente durante os últimos 10 anos, e especialmente em matéria de direitos humanos, ambientais e econômicos, sociais e culturais), esses novos atores sociais se converteram em “aceleradores” de certas decisões governamentais impostergáveis que, apesar de revestir tal caráter, eram efetivamente diferidas no tempo em função da existência de outras prioridades na



agenda política. Sirva como exemplo, além das causas "Mendoza" e "Verbitsky", a intervenção da CSJN em aspectos tão delicados como o direito dos aposentados e pensionistas a perceber uma quantia razoável: CSJN, sentença de 08.08.2006, causa B.675.XLI. "Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/ reajustes varios"; CSJN, sentença de 26.11.2007, causa B.675.XLI., "Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/ reajustes varios"; em um prazo também razoável, se é que para isto se deva discutir em sede judicial, CSJN, sentença de 29.03.2005, causa I.349.XXXIX., "Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes vários.

23 Sobre o tema pode-se consultar, entre muitos outros, ELY, John H. Democracia y desconfianza. Santa Fe de Bogotá: Ed. Siglo del Hombre, 1997; GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno. Madrid: Ed. Ariel, 1996; La dificultad de defender el control judicial de las leyes, Isonomía, n. 6, abr. 1997; Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras. Buenos Aires: Ed. Capital Intelectual, 2004; SPECTOR, Horacio. Judicial review, rights, and democracy. Law and Philosophy, n. 22, p. 285-334, 2003; FISS, Owen M. The Supreme Court 1978 term. 93 Harv. L. Rev. 1; DAHL, Robert. La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 8, n. 1; NINO, Carlos S. Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2000. p. 657 y ss.; La Constitución en la democracia deliberativa. Barcelona: Ed. Gedisa, 1997. p. 258 y ss.; UCIN, María C. Democracia y control judicial. A propósito de los procesos colectivos, RDP; ARDOY, Leandro A. Acerca de la legitimidad y los límites del control judicial de constitucionalidad, apresentação premiada no V Encuentro Nacional de Jóvenes Procesalistas, La Plata, octubre 2008.

24 ISSACHAROFF, Samuel. Class Actions and State Authority. Loyola University Chicago Law Journal, v. 44, 2012 (publicado em espanhol com o título Acciones de Clase y Autoridad Estatal. RDP 2013-1 y en RDCCyE, abr. 2013. p. 49).

25 Ver nesse sentido o afirmado por Marinoni quanto a que, com relação aos processos coletivos, "Não basta pensar no direito de defesa, direito de proteção ou estabelecer direitos sociais. É também necessário conferir aos cidadãos a possibilidade de participação na vida social – por meio de canais legítimos – para que os direitos sejam realmente respeitados pelo Poder Público e pelos particulares" (MARINONI, Luiz G. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Lima: Ed. Palestra, 2007. p. 114). Entre nós, também "Verbitsky" y "Mendoza", pode-se mencionar como exemplo, entre outros, os casos "Mignone, Emilio F. s/ promueve acción de amparo", CSJN, sentença de 09.04.2002, Fallos 325:524 (garantindo que os detidos sem condenação em estabelecimentos penitenciários nacionais possam exercer seu direito ao sufrágio); e "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25.873 y dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", CSJN, sentença de 24.02.2009, Fallos 332:111. Nos Estados Unidos, além do clássico exemplo que significa "Brown vs. Board of Education", cabe mencionar o caso "Brown v. Plata", 131 S. Ct. 1910 (2011), por se tratar de um assunto similar a "Verbitsky" em vários aspectos e decidido recentemente (a Suprema Corte confirmou a ordem de um tribunal inferior que havia ordenado nem mais nem menos que a imediata redução da população carcerária das prisões estatais californianas em 40.000 reclusos, e até o momento em que tais estabelecimentos se encontrem ocupados em não mais de 137% de sua capacidade). Para um desenvolvimento detalhado dessa e de outras finalidades de política pública que podem cumprir os processos coletivos no marco de sociedades republicanas e democráticas me remeto a VERBIC, Francisco. Procesos colectivos. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2007. Capítulo I.

26 VERBIC, Francisco. Procesos colectivos. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2007. p. 266-289 (no qual analisei distintos enfoques e linhas de argumentação que justificam democraticamente o acionar do Poder Judicial em um contexto processual coletivo).

27 VERBIC, Francisco. Necesidad de sancionar reglas especiales para la ejecución de sentencias colectivas de condena, DJ 19.12.2012. Vale sublinhar que o panorama



legislativo não é animador, já que sequer existem previsões de relevância sobre a temática no contexto dos projetos de lei que se encontram em trâmite no Congresso da Nação para regular os processos coletivos. Isso foi ressaltado no parecer que a AADP apresentou à Federação Argentina de Colégios de Advogados (FACA) na oportunidade da Reunião Informativa, realizada no dia 11 de novembro de 2011, na qual se discutiram os projetos de lei sobre ações de classe que estavam em trâmite no Congresso da Nação. A meu modo de ver, e como já foi assinalado ao ocupar-me de tais projetos em outra oportunidade, isso deve-se – entre outras razões – ao fato de que a maioria deles pretende copiar quase ao pé da letra a Regra 23 estadunidense (na qual não há previsões específicas da matéria). Ver VERBIC, Francisco. Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva de derechos en la República Argentina, Revista de Processo, n. 216, p. 335-358, fev. 2013.

28 MARINONI, Luiz G. "Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva", Ed. Palestra, Lima, 2007, p. 280.

29 Parte da análise que segue foi efetuada em VERBIC, Francisco. El caso 'Mendoza' y la implementación de la sentencia colectiva. J.A. 2008-IV-336.

30 A CSJN também se referiu à importância de evitar intromissões e interferências que impeçam o cumprimento do mandado, e incumbiu ao mencionado Juízo de Primeira Instância de competência exclusiva para intervir na revisão judicial das decisões da Autoridade da Bacia (ponderando especialmente o efeito da conveniência de procurar uniformidade e consistência na interpretação das questões que poderiam ser suscitadas). Finalmente, destacou que as decisões proferidas pelo magistrado serão consideradas como emitidas pelo superior tribunal da causa, admitindo como via de impugnação exclusivamente o recurso extraordinário federal previsto no art. 14 da lei 48.

31 TARUFFO, Michele. L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. Riv. Trim. Dir. Proc. Civ, 1988. p. 142 e ss.

32 O art. 19 do Projeto sobre "Princípios aplicáveis ao controle jurisdicional de políticas públicas" habilita o juiz a nomear um "comissário, pertencente ou não a Administração", para a "implementação e acompanhamento" das medidas que sejam necessárias para cumprir com as obrigações impostas pela decisão (seja esta antecipatória ou final). Esse comissário pode ser uma pessoa física ou jurídica, devendo manter o juiz informado de tudo. Seus honorários serão fixados pelo juiz e o seu pagamento estará a cargo do ente público responsável pelo cumprimento da sentença em questão (art. 19, parágrafo 1º).

33 TARUFFO, Michele. Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni. Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. Torino: UTET, 1990. t. VI. p. 392.

34 Advisory Committee Notes, 2003 Amendments.

35 VERBIC, Francisco. Procesos colectivos. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2007. p. 361-362. Tanto é assim que alguns tem considerado a designação desse tipo de funcionários como um verdadeiro mecanismo para "criar tempo judicial" (neste sentido, BRAZIL, Wayne D.; HAZARD, Geoffrey C. Jr.; RICE, Paul R. Managing complex litigation: a practical guide to the use of special masters. Chicago: American Bar Foundation, 1983. Introduction).

36 Antes da sanção das Federal Rules of Civil Procedure no ano de 1938, as cortes federais tinham a faculdade de designar special masters e definir seus deveres para o caso. FERLEGER destaca como precedentes na matéria as decisões da Suprema Corte em Ex parte Peterson, 253 U.S. 300, 312 (1920) e Kimberly v. Arms, 129 U.S. 512, 524-25 (1889) (FERLEGER; David. Masters in Complex Litigation & Amended Regla 53, 2004, publication in journal pending). Com a sanção da Regra 53 original, o rol da figura foi limitado a tomar audiências testemunhais e exercer algumas atividades em matéria



de descobrimento de fatos. Sua intervenção em casos sem júri se limitou a situações em que as condições excepcionais do caso o exigiram, ou bem quando existiam assuntos de contabilidade e danos dificilmente liquidados. Os tribunais interpretaram estritamente aquelas “condições excepcionais” e deixaram claro que nem a sobrecarga de trabalho, nem a complexidade do assunto eram suficientes para justificar a designação desse tipo de auxiliares do juiz (conferência FELLOWS, Mark A.; HAYDOCK, Roger S. Federal Court Special Masters: a vital resource in the era of complex litigation. William Mitchell Law Review, v. 31:3. p. 1272. Disponível em: [www.courtappointedmasters.org]).

37 Regra 53(a)(1); Regra 53(a)(1)(c). Ainda que as partes possam sugerir candidatos para ocupar o rol de master ou oficial da Corte, o sujeito proposto em tal caráter não deve ter relação com aquelas entidades capazes de desqualificá-lo como juiz (assim como tampouco com os advogados, o processo e os juízes intervenientes) [Regra 53(b)(1); Regra 53(a)(2)].

38 Alguns consideram que os post-trial masters podem dividir-se em três categorias segundo a função para a qual sejam designados: (i) recomendar medidas a serem tomadas logo quando definida a responsabilidade do demandado; (ii) monitorar o cumprimento das ordens do tribunal; e (iii) avaliar e administrar petições relativas ao caso (FELLOWS, Mark A.; HAYDOCK, Roger S. Federal Court Special Masters: a vital resource in the era of complex litigation. William Mitchell Law Review, v. 31:3. p. 1278-1279. Disponível em: [www.courtappointedmasters.org]).

39 Esses exemplos são destacados como “familiares” pelo Comitê que reformou a norma no ano de 2003. A recomendação de utilizar a figura para efetivar complex decrees também foi tomada das notas (ver Advisory Committee Notes, 2003 Amendments).

40 Regra 53(c).

41 Regra 53(b)(4).

42 FELLOWS, Mark A.; HAYDOCK, Roger S. Federal Court Special Masters: a vital resource in the era of complex litigation. William Mitchell Law Review, v. 31:3. p. 1275. Disponível em: [www.courtappointedmasters.org]. No caso que o tribunal julgue necessário, esse funcionário deverá apresentar informes sobre sua atuação no modo e com a periodicidade que foi estabelecido na providência de designação. As partes podem objetar a conduta do agente perante o juiz da causa, quem se encontra habilitado para confirmar, modificar, revogar ou bem ratifica-la com instruções a fim que o agente atue adequadamente [Regla 53(f); Regla 53(g)(1) e (g)(2)].

43 A recente experiência da causa “Mendoza”, que culminou no afastamento do juiz da execução e uma investigação em curso por suspeitas de corrupção, não deve ser esquecida.

44 Esse é um aspecto especialmente considerando no sistema estadunidense. No momento de decidir sobre a designação do agente, se exige do juiz levar em consideração os custos envolvidos em sua atuação, já que o tribunal deve proteger as partes contra os gastos irrazoáveis e a demora na tramitação do pleito que possa ocasionar com a nomeação do master [Regra 53(a)(3)]. No referido sistema, os custos devem ser arcados por alguma das partes, por ambas ou mesmo por um fundo que resulte do próprio processo [Regra 53(h)(2)]. A efeito de estabelecer os honorários do master e determinar quem deve assumir a responsabilidade de quitá-los, o tribunal pode considerar as seguintes pautas: (i) o tamanho da controvérsia; (ii) os meios de que disponham as partes; (iii) a natureza do pleito (aquelas partes que atuam em benefício de um interesse público deveriam merecer uma proteção especial); e (iv) a conduta praticada pelas partes durante a tramitação do caso (se alguma delas gerou a necessidade de designar o agente, por exemplo, pode ser encarregada da maior parte dos desembolsos que se devem realizar). Quanto à atuação dos magistrate judges, ainda



que a reforma tenha eliminado a previsão que estabelecia a não aplicação das normas relativas a honorários com respeito a sua atuação, existem outras normas que mantêm a situação do mesmo modo (Conferir Advisory Committee Notes, 2003 Amendments).

45 Art. 666 bis. Cód. Civil; art. 37 CPCCN.

46 STORME, Marcel. L' 'astreinte' nel diritto belga: sei anni di applicazione. Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1986. p. 602 e ss.; TESSLER, Luciane Gonçalves. Tutelas jurisdicionais do meio ambiente. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 375-381; MARINONI, Luiz G. Tutela inibitória (individual e coletiva). 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 114-119, 139-145, 208 e ss.

47 De acordo com a estrutura da ACUMAR, o Secretário de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Nação é – ao mesmo tempo – Presidente da Autoridade da Bacia. Nessa função, assim que pronunciada a sentença de mérito que ordenou levar adiante o PISA, a funcionária que então ocupava o cargo solicitou à CSJN a declaração acerca de diversos aspectos da sentença. Entre eles se encontrava o alcance da responsabilidade que lhe foi fixada pessoalmente. A CSJN rechaçou de plano o pedido ao assinalar que a decisão era “suficientemente clara” e que não havia incorrido em erros materiais ou omissões que pudessem dar lugar a uma nova intervenção de sua parte. Arts. 36, inc. 6º, e 166, inc. 2º CPCCN. Da mesma forma, destacou que o pedido também era inadmissível porquanto pretendia revisar a substância da decisão sobre a responsabilidade designada à Presidente da Autoridade da Bacia (CSJN “Mendoza, Beatriz Silvia e ots. c. Estado Nacional y ots”, sentença de 12.08.2008, DJ 2008-II, 1394). Mais adiante, já com outro funcionário responsável pela área, o Juiz Federal a cargo da execução impôs, em decisão de 31.08.2010, astreintes à pessoa do funcionário por descumprimento de diversos comandos. Esse pronunciamento foi mantido e, mais adiante, por decisão datada de 12.07.2012, o mesmo juiz dispôs sobre a destinação coletiva do produto dessas multas.

48 VERBIC, Francisco. “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos”, La Ley, Sup. Especial “Cámaras Federales de Casación, Ley 26.853; Medidas Cautelares y el Estado como Parte, Ley 26.854”, p. 161.

49 Conferir TESSLER, Luciane Gonçalves. Tutelas jurisdicionais do meio ambiente. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 375-381; MARINONI, Luiz G. Tutela inibitória (individual e coletiva). 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 114-119, 139-145, 208 y ss.

50 O projeto teve origem no CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), liderado pelos professores paulistas Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. As investigações preliminares foram relatadas na obra coletiva O controle jurisdicional de políticas públicas, A. Pellegrini Grinover e K. Watanabe (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

51 Conferir BERIZONCE, Roberto O.; VERBIC, Francisco. Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño).

52 TARUFFO, Michele. L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1988. p. 142 e ss.

53 SILVESTRI, Elisabetta. Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare. Riv. Dir. Civ., 1988. p. 539 y ss.

54 Especialmente neste aspecto de tipo repressivo, o mecanismo cumpre uma dupla função desencorajadora de condutas ilícitas na medida em que influencia a conduta do devedor e do resto da sociedade (specific y general deterrence, nas palavras de FISS, Owen M. The civil right injunction. Bloomington & London: Indiana University Press,



1978. p. 34-35).

55 COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Reimpresión. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1997. p.463-464.

56 BURNHAM, William. Introduction to the law and legal system of the United States. St. Paul: West. Publishing Co., Minn.,1995. p. 254; ver também FISS, Owen M. The civil right injunction. Bloomington & London: Indiana University Press, 1978. p. 34.

57 NT. Refere-se à notícia do fato caracterizado pela desobediência ao juiz.

58 Art. 239 do Código Penal: "Será reprimido com prisão de quinze dias a um ano, o que resistir ou desobedecer a um funcionário público no exercício legítimo de suas funções ou a pessoa que presta assistência a requerimento daquele ou em virtude de uma obrigação legal".

59 A sentença obriga a Autoridade da Bacia a responder tais requerimentos no prazo de 10 dias e estabelece a necessidade de realizar audiências públicas no caso de algum legitimado impugnar a informação.

60 BERIZONCE, Roberto O. La participación popular en la justicia, J.A. 1988-III-725.

61 MARINONI, Luiz G. Tutela inibitória (individual e coletiva). 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 106.

62 Ver FILLIPINI, Leonardo. La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación. Disponível on-line em: [www.cels.org.ar/common/documentos/filippini_leonardo.pdf] (reforçando, diante da "dificuldade política" discutida na própria decisão, que "a sentença exige uma ativa participação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas de privação de liberdade e que gera múltiplos dilemas quanto às possibilidades e atribuições de cada poder do Estado. De fato, a maioria oscilou entre aceitar que não podia definir a solução para enfrentar o problema da superlotação e a sugestão de algumas medidas concretas e discutíveis, como a de adequar a legislação penitenciária e de libertação provincial aos padrões nacionais."

63 Considerando 26º do voto da maioria (então, ponto 8 da parte dispositiva da sentença). Na sequência, no início do considerando 27º, a CSJN assinalou que "a diferença da avaliação de políticas, questão claramente não judicial, compete, sem dúvida alguma, ao Poder Judiciário da Nação garantir a eficácia dos direitos, e evitar que estes sejam vulnerados, como objetivo fundamental e diretor no momento de administrar justiça e decidir controvérsias."

64 Ver FILLIPINI, Leonardo. La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación. Disponível on-line em: [www.cels.org.ar/common/documentos/filippini_leonardo.pdf]. p. 11, assinalando que "os informes periódicos que a Corte pede também ficam um pouco a margem, pois a Corte não especificou que tipo de informação requer, deixando livre, de alguma maneira, os atores da definição de seu conteúdo", e que "presenciou sem grande reação os altos e baixos do trabalho da Mesa de Diálogo. Não fez nada quando deixou de funcionar e não fez nada para impulsionar sua reativação."

65 Ver MARINONI, Luiz G. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Lima: Ed. Palestra, 2007. p. 278-286 (afirmando o "dever do juiz de configurar o procedimento adequado ao caso concreto que resulta do direito de proteção e do direito a tutela jurisdiccional efetiva").

66 Ver mais acima nota de rodapé n. 23. Ver, também, uma análise histórica da tensa



relação entre a Corte Suprema e o resto dos poderes de Estado em OTEIZA, Eduardo. La Corte Suprema. Entre una justicia sin política y una política sin justicia. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L., 1994. Sobre a mudança que tem experimentado a CSJN até assumir um papel determinante como responsável de um Poder Judiciário que já não é alheio ao processo político, ver o trabalho de SAGÜES, María S. El ámbito institucional y revisor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la dinámica jurisdiccional y política actual, apresentado para discussão nas III Jornadas de Professores de Direito Processual, realizadas em San Juan, no mês de setembro de 2008.

67 VERBIC, Francisco. El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos. In: BERIZONCE, Roberto (Coord.). Los principios procesales. La Plata: Librería Editora Platense, 2011.