



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MATHEUS SOUZA GALDINO

**ELEMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO TIPOLÓGICA
DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS**

Salvador
2019

MATHEUS SOUZA GALDINO

**ELEMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO TIPOLÓGICA
DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Freddie Souza Didier Junior

Salvador
2019

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (SIBI/UFBA),
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Galdino, Matheus Souza
Elementos para uma compreensão tipológica dos
processos estruturais / Matheus Souza Galdino. --
Salvador, 2019.
166 f.

Orientador: Fredie Didier Jr.
Dissertação (Mestrado - Direito) -- Universidade
Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2019.

1. Processos Estruturais. 2. Medidas
Estruturantes. 3. Reforma Estrutural. 4. Structural
Injunction. 5. Processo Multipolar. I. Didier Jr,
Fredie. II. Título.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Programa de Pós-graduação em Direito

PARECER DA BANCA EXAMINADORA

Reunidos para apreciar a dissertação final apresentada pelo mestrando **MATHEUS SOUZA GALDINO**, intitulada "**ELEMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO TIPOLÓGICA DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS**", a banca concluiu pela aprovação, com nota 10 (dez) considerando o trabalho escrito apresentado e a defesa oral respectiva.

Salvador, 10 de junho de 2019

Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior

Prof. Dr. Pedro Lino de Carvalho Junior

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Prof. Dr. Marco Félix Jobim

AGRADECIMENTOS

Primeiro e eternamente a Deus, sem Ele nada.

Em seguida, agradeço imensamente ao meu orientador, o Prof. Dr. Freddie Didier Jr., uma inspiração e exemplo de seriedade, dedicação e generosidade sem igual. Freddie é realmente um professor e orientador excepcional, quem foi aluno ou orientando sabe do que estou falando. É impressionante. De modo especial, a ajuda na delimitação do tema, as diversas provocações dentro e fora de sala, as sugestões de melhoria do texto, as indicações bibliográficas, inclusive com disponibilização de sua biblioteca pessoal, entre tantas outras contribuições. Se fosse outra a orientação, muito inferior seria a pesquisa, sem dúvida. Muito grato mestre. Muitíssimo grato.

Muito grato também aos demais membros da banca, o Prof. Dr. Pedro Lino de Carvalho Júnior, o Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart e o Prof. Dr. Marco Félix Jobim, por terem aceitado participar desta avaliação. De modo particular, aos Profs. Sérgio Arenhart e Marco Jobim, sem o que já escreveram sobre o tema essa pesquisa seria muito mais difícil, talvez impossível.

Um agradecimento especial ao professor Edilson Vitorelli, cuja exposição sobre processos estruturais durante seu Pós-Doutoramento na Universidade Federal da Bahia, ainda no ano de 2017, me deu o primeiro impulso na escolha do tema. Nossas conversas posteriores, suas indicações bibliográficas, bem como tudo o que escreveu acerca do tema também foi de grande contribuição para o desenvolvimento do trabalho.

Agradeço também aos professores Antonio Gidi, Paula Sarno Braga, Dirley da Cunha Jr. e Maria Auxiliadora Minahim, cada um em sua área e nas oportunidades que teve contribuiu para o que de positivo há nessa pesquisa.

Aos meus colegas do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Dulce Feitosa, Luiz Carlos Júnior, Ulisses Lopes Junior e Marcela Teixeira, pela presença, apoio e discussões ao longo do curso e da elaboração desta dissertação.

Também aos colegas de serviço público da Procuradoria Geral do Município de Salvador, e, de modo particular, a toda a equipe da representação da procuradoria junto à Secretaria Municipal de Saúde, pela convivência e pelas muitas discussões em casos envolvendo a conformidade jurídica de soluções estruturais, que a cada dia me permitiram compreender a importância do tema da pesquisa no âmbito da administração pública.

À Neide Silva, também colega de serviço público, amante da língua portuguesa e do conhecimento, por sua generosidade e cuidado na revisão e aperfeiçoamento dos aspectos formais do texto.

Aos colaboradores da biblioteca da Faculdade Baiana de Direito pela cordialidade e atenção em todo o trabalho que essa pesquisa lhes gerou.

Aos Srs. Bernt Österman e Fredrik Hertzberg, curadores dos arquivos de von Wright and Wittgenstein (University of Helsinki), por franquearem acesso remoto a texto de difícil acesso e grande importância para a pesquisa.

Por fim, agradeço aos meus familiares. À Crisley esposa e amiga sem você essa pesquisa seria um peso difícil de carregar, e ao nosso recém-chegado filho, João Pedro, por tornar mais leve a escrita da dissertação a cada sorriso “banguelo”. À minha mãe Ana (Lú), ao meu pai Elson (*in memorian*) e a minha irmã Cintia, obrigado por tudo que fazem e fizeram por mim.

Meu muito obrigado a todos.

RESUMO

Este estudo tem por objeto os elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. Inicialmente, contextualiza o tema por meio de uma análise crítica das características atribuídas em doutrina para a *structural reform*, para o *public law litigation* e para os problemas policênicos. Com base em doutrina contemporânea, afirma a necessidade de aperfeiçoamentos na compreensão e caracterização dos processos estruturais. Sustenta que o fundamento distintivo decorre, no plano dos fatos, de uma mudança de racionalidade (de causal para teleológica) direcionada a uma transição não imediata entre estados de coisas. No plano normativo, identifica-se que referida transição se procede por meio de uma aplicação processual da teoria dos princípios, na qual o processo se orienta por um resultado normativo imediatamente finalístico, prospectivo e com pretensão de complementaridade. Tal estrutura normativa implica uma análise de aspectos finalísticos e instrumentais por meio de normas de segundo grau. Os elementos resultantes de cada um desses aspectos são os responsáveis pelo conteúdo e pelo resultado do processo estrutural. No plano dos direitos, se identificam as características dos direitos tutelados em um processo estrutural e o modo como tal ocorre, inclusive sugerindo técnicas para tanto. Das características verificadas no estudo dos fatos, das normas e dos direitos se propõe a identificação dos processos estruturais, inicialmente por meio de um raciocínio conceitual e, por fim, por meio de um raciocínio tipológico, o qual se revelará mais adequado à realidade que se propõe representar.

Palavras-chave: Processos Estruturais. Medidas Estruturantes. Reforma Estrutural. Structural Injunctions. Processo Multipolar.

ABSTRACT

This study has as its object the elements for a typological understanding of structural litigation. Initially, it contextualizes the subject by means of a critical analysis of the characteristics attributed in doctrine for the structural reform, for the public law litigation and for the polycentric problems. Based on contemporary doctrine, affirms the need for improvements in the understanding and characterization of structural litigation. It maintains that the distinctive foundation results, in the plane of the facts, from a change of rationality (from causal to teleological), directed to a non-immediate transition between states of affairs. At the normative level, it is identified that said transition is proceeded through a procedural application of the theory of principles, where the process is oriented by a normative result that is immediately finalistic, prospective and with a pretension of complementarity. Such a normative structure implies an analysis of finalistic and instrumental aspects through norms second grade. The elements resulting from each of these aspects are responsible for the content and outcome of the structural litigation. In terms of rights, the characteristics of rights protected in a structural litigation are identified, as is the case, including the suggestion of techniques for doing so. From the characteristics found in the study of facts, norms and rights in the structural litigation, it is proposed to identify structural litigation, initially by means of a conceptual reasoning and, finally, by means of a typological reasoning, which will prove more adequate to the reality that it is proposed to identify.

Keywords: Structural Litigation. Structural Measures. Structural Reform. Structural Injunction. Multipolar Process.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	PREMISSAS PARA A ELABORAÇÃO DE CONCEITOS, QUESTÕES TERMINOLÓGICAS E PANORAMA DOUTRINÁRIO DO PROCESSO ESTRUTURAL.....	17
2.1	PREMISSAS PARA A ELABORAÇÃO DE CONCEITOS.....	17
2.2	QUESTÕES TERMINOLÓGICAS	18
2.2.1	Opção pelo estudo do conceito de processo estrutural, e não de decisão, medida, execução, provimento e litígio estrutural	18
2.2.2	Sentido do termo estrutura.....	20
2.3	PANORAMA DOUTRINÁRIO DOS CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS.....	22
2.3.1	Diversas análises relacionáveis a um mesmo fenômeno.....	22
2.3.2	Public law litigation.....	23
2.3.2.1	<i>Conteúdo.....</i>	23
2.3.2.2	<i>Análise crítica.....</i>	27
2.3.3	Structural reform	31
2.3.3.1	<i>Conteúdo.....</i>	31
2.3.3.2	<i>Análise crítica.....</i>	33
2.3.4	Policentria.....	37
2.3.4.1	<i>Conteúdo.....</i>	37
2.3.4.2	<i>Análise crítica.....</i>	40
2.3.5	Causalidade estrutural e espécie normativa resultante do processo	43
2.3.5.1	<i>Conteúdo.....</i>	43
2.3.5.1.1	Causalidade estrutural.....	43
2.3.5.1.2	Natureza principiológica de uma das espécies normativas resultantes do processo	45
2.3.5.2	<i>Análise crítica.....</i>	46

3	O PROCESSO ESTRUTURAL ENTRE FATOS, NORMAS E DIREITOS	50
3.1	DOS FATOS NO PROCESSO ESTRUTURAL.....	50
3.1.1	Considerações introdutórias: entre causalidade e teleologia. Tentativa de aperfeiçoamento da proposta de Mariela Puga	50
3.1.1.1	<i>A causalidade e os elementos objetivos da demanda em um processo não estrutural</i>	52
3.1.1.2	<i>A teleologia e os elementos objetivos da demanda em um processo estrutural</i>	54
3.1.2	Racionalidade entre meios e fins	59
3.1.2.1	<i>Zweckrational como fundamento das características dos processos estruturais.....</i>	59
3.1.2.2	<i>Zweckrational e a racionalidade entre meios e consequências secundárias</i>	61
3.1.2.3	<i>Zweckrational e a deliberação sobre os fins como “plataforma” que possibilita fins adicionais</i>	62
3.1.3	Estado de coisas e ação.....	64
3.1.3.1	<i>Estado de coisas</i>	64
3.1.3.2	<i>Ação, estado de coisas ideal e efeitos.....</i>	66
3.2	DAS NORMAS NO PROCESSO ESTRUTURAL	70
3.2.1	Entre normas-do-que-deve-ser e normas-do-que-deve-fazer	70
3.2.2	Entre normas-princípio e normas-regra	72
3.2.2.1	<i>Critérios de dissociação entre normas-princípios e normas-regras.....</i>	72
3.2.2.2	<i>A dissociação entre princípios e regras e seus impactos na compreensão do processo estrutural</i>	74
3.2.2.3	<i>Distinção entre os elementos e aspectos a serem observados na aplicação das regras e dos princípios e a cognição no processo estrutural</i>	80
3.2.3	Normas de segundo grau e a instrução do processo estrutural.....	83
3.2.3.1	<i>Normas de segundo grau.....</i>	83
3.2.3.2	<i>Os postulados da ponderação, da concordância prática e da proporcionalidade na definição do fim (estado de coisas) a ser alcançado.....</i>	85
3.2.3.2.1	O postulado da ponderação e a definição de um estado de coisas entre os possíveis	85
3.2.3.2.2	O postulado da concordância prática e a definição do estado de coisas.....	87
3.2.3.2.3	O postulado da proporcionalidade e a definição do estado de coisas.....	88

3.2.3.3 <i>O postulado da proporcionalidade e seus exames fundamentais</i>	88
3.2.3.3.1 Adequação	89
3.2.3.3.2 Necessidade	91
3.2.3.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito	92
3.3 DOS DIREITOS NO PROCESSO ESTRUTURAL	93
3.3.1 Características dos direitos tutelados e efetiváveis em decorrência do processo estrutural	93
3.3.1.1 <i>direitos que se tutelam no mundo dos fatos e de modo específico</i>	94
3.3.1.2 <i>direitos que exigem o tempo destinado ao alcance de um estado de coisas</i>	98
3.3.2 A tutela estrutural como um meio para o alcance das tutelas específicas	100
3.3.2.1 <i>As tutelas inibitória, reintegratória (ou remoção do ilícito) e resarcitória</i>	100
3.3.2.2 <i>A relação entre a tutela estrutural e as tutelas específicas</i>	102
3.3.3 Distinção entre direito ao estado de coisas e direitos cuja efetivação decorre do alcance do estado de coisas. O fenômeno da múltipla incidência.....	104
3.3.4 Múltipla incidência e relação entre direito ao estado de coisas e direitos cuja efetivação decorrem do alcance do estado de coisas.....	106
3.3.5 Exigibilidade do direito ao alcance do estado ideal de coisas	108
3.3.5.1 <i>Exigibilidade do direito ao estado ideal de coisas e relação entre os direitos que se busca efetivar.....</i>	108
3.3.5.2 <i>Exigibilidade do direito ao estado ideal de coisas e relação com outros direitos que podem afetar ou ser afetados pelos meios adotados para o alcance do estado ideal de coisas.. ..</i>	110
3.3.6 Do direito às técnicas	111
3.3.6.1 <i>A prevalência das técnicas especiais sobre os procedimentos especiais</i>	111
3.3.6.2 <i>Limitação da cognição</i>	112
3.3.6.3 <i>Da técnica postergatória</i>	113
3.3.6.4 <i>Um provimento idôneo ao alcance do estado de coisas.....</i>	114
3.3.6.5 <i>Técnicas estruturais executivas</i>	116
4 DO CONCEITO AO RACIOCÍNIO TIPOLOGICO DE PROCESSO ESTRUTURAL	125

4.1 O CONCEITO DE PROCESSO ESTRUTURAL NAS TRÊS PERSPECTIVAS DO CONCEITO DE PROCESSO	125
4.1.1 O processo como modo de produção de norma jurídica e método de exercício de poder	125
4.1.1.1 <i>Função, conteúdo, modo de produção e estabilidade das normas-princípio produzidas em um processo jurisdicional estrutural</i>	127
4.1.1.2 <i>Função, conteúdo, modo de produção e estabilidade das normas-regra dos processos estruturais</i>	128
4.1.2 O processo como ato jurídico complexo	129
4.1.2.1 <i>Um procedimento em duas fases</i>	130
4.1.2.2 <i>Ato final como efetivação da transição entre estados de coisas que possibilita a tutela dos direitos</i>	130
4.1.3 O processo como relação jurídica	131
4.1.3.1 <i>Ausência de distinção no conteúdo da relação jurídico-processual</i>	131
4.1.3.2 <i>Multipolaridade decorrente dos direitos tutelados e afetados pela transição entre os estados de coisa</i>	132
4.1.4 Articulação dos conceitos apresentados	132
4.2 PROCESSO ESTRUTURAL: DO CONCEITO AO TIPO	133
4.2.1 Considerações gerais sobre a distinção entre conceito e tipo	133
4.2.2 A necessidade da dupla abordagem, o fundamento geral e os fundamentos específicos que sustentam a aplicação de uma racionalidade tipológica na caracterização dos processos estruturais.....	135
4.2.2.1 <i>A necessidade da dupla abordagem (conceitual e tipológica) e o fundamento geral da sociologia para aplicação do raciocínio tipológico aos processos estruturais</i>	135
4.2.2.2 <i>Fundamentos específicos para aplicação do raciocínio tipológico aos processos estruturais</i>	137
4.2.2.2.1 Graus de estruturalidade	137
4.2.2.2.2 Características não imprescindíveis.....	140
4.2.2.2.3 Convivência entre tutela estrutural e tutela não estrutural	141
4.2.3 Intratipos (ou série de tipos) do processo estrutural	143
4.2.3.1 <i>Processo estrutural coletivo com multipolaridade</i>	144
4.2.3.2 <i>Processo estrutural coletivo sem multipolaridade</i>	146

4.2.3.3 Processo estrutural individual com multipolaridade	147
4.2.3.4 Processo estrutural individual sem multipolaridade.....	148
5 CONCLUSÃO.....	151
REFERÊNCIAS.....	156

1 INTRODUÇÃO¹

Os Estados Unidos, na segunda metade do sec. XX, foram palco de um inesperado avanço social, pela intervenção judicial³, na luta contra a segregação racial escolar existente na qual, por exemplo, em um período de 12 anos, se conseguiu um salto de dessegregação, saindo de quase 80% de escolas fortemente segregadas nos estado do sul no ano escolar de 1968 para o patamar de 23% no ano escolar 1980⁴.

Também nos Estados Unidos, o Estado da Califórnia, enfrentando outro problema social de difícil solução, novamente no curso de um processo judicial⁵, reduziu significativamente sua população carcerária para os padrões considerados aceitáveis segundo os termos fixados, saindo de 162.368 detentos no ano de 2011 para 132.911 detentos em 2013.⁶

No Brasil, o Município de São Paulo, em um processo judicial⁷ sobre o acumulado (e crescente) déficit do número de vagas em creches para crianças se verifica a criação de 106.743 novas vagas no período de 2013-2016⁸.

Casos com características semelhantes com maiores ou menores mudanças significativas são identificados em diversos países como Colômbia⁹, Argentina¹⁰, Canadá¹¹, Índia¹², África do Sul¹³, entre outros¹⁴.

¹ Esta dissertação é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). Esse grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

³ Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

⁴ ORFIELD, Gary. *Public School Desegregation in the United States 1968-1980*. Joint Center for Political Studies, Washington, D.C, 1983, Tabela 2, p. 4.

⁵ Brown v. Plata, 563 U.S. 493 (2011).

⁶ Comparação entre os relatórios semestrais disponíveis no sítio do Departamento de Correções e Reabilitação da Califórnia. In: <https://sites.cdcr.ca.gov/research/population-reports/> acesso em 29.03.2019.

⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, julgado em 16/12/2013.

⁸Conforme sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=43765> acesso em 05/03/2019.

⁹ Corte Constitucional de República de Colombia, Sentencia T-025/04, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios, 2008.

¹¹ Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education) [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62.

¹² People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors, In the Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, Writ Petition (Civil) No.196 of 2001.

¹³ Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others [2000] 11 BCLR 1169.

¹⁴ Marco Jobim, em estudo profundo acerca do tema, indica casos tramitados no STF e que poderiam ter sido alvo de medidas estruturantes (ADI 3.510/DF, ADI 4.277, ADPF 132, ADPF 54), JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do

Além do fato de tratar-se de resultados verdadeiramente significativos, teriam eles algo em comum a possibilitar a produção de tais mudanças na realidade? Sim. E não é o bem da vida tutelado, a previsão normativa que o jurisdiciza ou a pluralidade de interesses em discussão, mas a racionalidade do modelo de processo por meio do qual se deu sua efetivação. Tem-se em comum nos exemplos referidos a presença do que ficou conhecido na doutrina comparada como *structural reform*¹⁵ ou, como vem sendo recebido na doutrina brasileira, processos estruturais¹⁶.

Trata-se de modelo processual cuja utilização tem sido defendida pela doutrina como ocorrida em uma multiplicidade de casos¹⁷. Processos judiciais buscando o fim da segregação racial em escolas públicas primárias¹⁸, reformas de sistemas prisionais que atentam contra a integridade de detentos¹⁹, recuperação de áreas ambientais degradadas²⁰, efetivação do direito à educação infantil pelo acesso a vagas em creches²¹, modificação na atuação de grandes empresas que cometem ilícitos²², recuperação judicial de empresas²³, melhoria da saúde pública²⁴, entre outros, são lembrados como casos que apenas receberam uma tutela adequada porque processados como processos estruturais.

Advogado Editora, 2013, p. 157-165. Veja ainda a defesa da aplicabilidade em Bangladesh, inclusive afirmando o caráter global do tema, NAZNIN, S M Atia. ALAM Shawkat. Judicial Remedies for Forced Slum Evictions in Bangladesh: An Analysis of the Structural Injunction. *Asian Journal of Law and Society*, 2018, p. 1-31.

¹⁵ FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR. Freddie. JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 761-767.

¹⁶ Nesse sentido veja-se a respeito recente obra de mesmo nome: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

¹⁷ Uma contextualização mundial veja-se em GRAVITO, César Rodrigues. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

¹⁸ FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR. Freddie. JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 762-764.

¹⁹ VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303-352.

²⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 475-492. APPEL, Peter A. Intervention in Public Law Litigation: The Environmental Paradigm. *Washington University Law Review*, v. 78, 2000 p. 215-311.

²¹ COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma análise do Litígio sobre Creche e pré-escola no Município de São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 449-473.

²² OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, Nem “Nada” - Decisões Estruturais e efeitos jurisdicionais complexos, In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202.

²³ BATISTA, Felipe Vieira. *A Recuperação Judicial como Processo Coletivo*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410, p. 404. CASTELO, Fernando Alcântara. Direito à Saúde e Decisões Estruturais: Por uma judicialização mais racional e eficiente. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2017,

Sucede que, parecem existir também múltiplos casos no Brasil e no mundo em alguma medida exigindo mudanças significativas como as citadas, sugerindo sejam processadas de modo semelhante. Tal fato, ou não é identificado pela comunidade jurídica, ou, se o é, não recebe o adequado tratamento, seja por não valorizar referida necessidade, seja por não compreender o funcionamento ou as técnicas para tanto.

Cite-se, por exemplo, ações pleiteando a realização de cirurgias, em que um processo individual recebe sentença e, desconsiderando a situação global da saúde em determinado ente, a defere para realização imediata independentemente da análise de urgência e, assim, ignora a existência de uma fila administrativa organizada com base em tal critério. Cite-se também os casos de deferimento de matrículas de crianças em creches, os quais, além de descumprir a fila administrativa existente, implicam superlotação de salas, prejudicando a saúde de professores e a educação das próprias crianças. Ou ainda, casos de processos que buscam, por meio da imposição de multas diárias, a realização de uma complexa recuperação do meio ambiente ou uma política pública que modifique um sistema carcerário de determinado estado ou país. O resultado após o processo, via de regra, acaba pior que antes dele.

A tais exemplos somam-se outros aos montes, ficando inevitável concluir a existência de um problema: a não identificação dos casos como passíveis de tratamento por um processo estrutural, a não compreensão do seu funcionamento e, em consequência, um procedimento com discussões, decisões e técnicas inadequadas ao seu objeto tem implicado não raras vezes em uma negativa de tutela ao direito material.

Tal constatação pode ter como um de seus fundamentos a ainda atual controvérsia existente sobre o conceito, as características e o funcionamento dos processos estruturais. Há na doutrina quem enfoque o seu caráter de litígio de interesse público, há quem entenda tratar-se de processo que tem por finalidade atuar contra a burocracia de organizações que impedem a efetivação da Constituição, há ainda que privilegie o caráter policêntrico do problema em discussão, entre outras correntes.

ano 42, v. 274, p. 317-342. BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014, e-book.

A dificuldade em estabelecer um conceito analítico de processo estrutural é reconhecida pela doutrina²⁶, mas ante o papel desta de descrição, adscrição, reconstrução e criação de significados²⁷, o aperfeiçoamento do conceito (ou do raciocínio que permita sua identificação), a sistematização de suas características e a compreensão do funcionamento (e consequentes implicações nas suas técnicas) se apresentam como uma etapa necessária ao desempenho efetivo de sua função. Apenas deste modo é possível evitar que sua incompreensão continue permitindo o processamento de demandas modo inadequado²⁸ com total prejuízo para a tutela dos direitos³⁰.

Este trabalho procura, pois, contribuir com o aperfeiçoamento da identificação e da compreensão acerca do funcionamento e da finalidade do processo estrutural. Buscará seu intento mantendo em parte as distinções encontradas na doutrina entre processos estruturais e não estruturais, mas agrupando-as com base em fundamentos distintos.

Sempre da forma mais direta possível e com base em exemplos diversos, demonstrar-se-á que o principal fundamento da distinção entre os processos estruturais e não estruturais decorre de uma mudança de racionalidade do processo, de uma relação causa-efeito (retrospectiva) para uma relação meio-fim (prospectiva).

Referida distinção, por um lado justifica as características já indicadas em doutrina, por outro, impacta na produção normativa do processo, na sua relação com a tutela dos direitos

²⁶ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR. Hermes, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 353-368.

²⁷ ÁVILA, Humberto. Ciência do Direito Tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética, 2014, n. 32, p. 159-197.

²⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “Execução Negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, ano 37, v. 212, p. 25-56, p. 37. ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (Coord). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 475-492, p. 475-476.

³⁰ Sobre a necessidade de um processo adequado à tutela dos direitos, em um contexto geral não vinculado aos processos estruturais, entre outros: PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4^a ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2002, p.4-9. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: art. 461, CPC e 84, CDC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 59-70. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 29-44. Expressamente no contexto dos processos estruturais: ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410, p. 398. FERRARO, Marcela Pereira. Litígios Estruturais: Entre técnica processual e tutela dos direitos. In: ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. (coord). DOTTI, Rogéria.(org). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 665-682, p. 667-669. MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 4^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 534.

e na própria identificação do processo estrutural seja por conceito, seja por raciocínio tipológico, proposta que se verificará mais condizente com sua natureza.

Seja pela relevância de uma adequada tutela dos direitos, seja pela própria utilidade científica para a teoria do direito processual, justifica-se o interesse em apresentar uma proposta que permita uma identificação segura do processo estrutural, bem como auxilie na compreensão de seu funcionamento, buscando como fim o seu adequado processamento e a realização de sua função³⁵.

Pretende-se partir de premissas à adequada fixação de conceitos para então analisar criticamente as características tradicionalmente atribuídas ao processo estrutural e que fundamentam ainda hoje as propostas de parte relevante da doutrina. Em seguida, estudam-se os fundamentos da filosofia e da sociologia como base para a compreensão das características dos fatos no processo estrutural. Na sequência, a teoria dos princípios se apresenta como o principal fundamento das características das normas no processo estrutural. Um outro grupo de características se verifica no estudo dos direitos em um processo estrutural e tem por fundamento a teoria da tutela dos direitos.

Respeitando as premissas fixadas no início do trabalho, após um breve resumo das características verificadas no estudo dos fatos, das normas e dos direitos no processo estrutural, situa seu conceito na Teoria Geral do Processo. Por fim, esperando ir além de uma compreensão conceitual, apresenta proposta de identificação do processo estrutural por meio de um raciocínio tipológico, único modo que entende adequado à real compreensão de todas as facetas que pode representar.

³⁵ BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiane. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 53 e CARRIO, Genaro. *Notas sobre el derecho y lenguaje*. 3.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 99.

2 PREMISSAS PARA A ELABORAÇÃO DE CONCEITOS, QUESTÕES TERMINOLÓGICAS E PANORAMA DOUTRINÁRIO DO PROCESSO ESTRUTURAL

2.1 PREMISSAS PARA A ELABORAÇÃO DE CONCEITOS

Como premissa à análise crítica dos conceitos e características postos em doutrina, bem como à proposição de aperfeiçoamentos, convém recordar algumas diretrizes³⁶ para o trato de conceitos e definições³⁷.

De Aristóteles a clássica lição segundo a qual “o conceito a definir deve ser inserido no seu gênero, e devem ser-lhe aplicadas em seguida as diferenças específicas³⁸”. Assim:

a) o conceito de processo estrutural deve ser inserido no seu gênero (processo) e, em seguida, devem ser apresentadas as suas diferenças específicas (características). Por essa premissa o conceito de processo estrutural deve indicar as diferenças específicas em relação ao conceito de processo enquanto gênero.

É também de Aristóteles a lição segundo a qual a extensão semântica do nome deve coincidir com a do conceito³⁹ ou, nas palavras de Goffredo Telles Junior, “A definição, sob

³⁶ Não se fará estudo completo do tema ou sequer sua sistematização, apenas serão utilizados parcialmente, naquilo que imprescindíveis ao que o estudo exige. Mesmo as demais partes do estudo ou leis de definição não serão explicitadas por não as entender imprescindíveis ao que se pretende, muito embora possam ser utilizadas indiretamente.

³⁷ Embora se possa fazer uma distinção entre conceito e definição, opta-se pela expressão conceito inclusive em lugar do que se entenderia por definição, considerando sua utilização na doutrina em geral e na doutrina específica acerca do tema, o que entende ser opção que auxilia na abertura ao debate. Na doutrina geral também reconhecendo a distinção, considerando-a pouco usual e optando por utilizar a expressão conceito também em lugar de definição, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 86 e COSTA, Valterlei Aparecido da. VALLE, Maurício Dalri Timm do. A utilidade como critério de classificação do direito e no direito. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 14, n. 3, p. 186-213, Setembro-Dezembro, 2018, p.194-195. Na doutrina específica utilizando a expressão conceito no mesmo sentido por exemplo, VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Vol. 7, ano 4. p. 147-177. São Paulo: Ed. RT, jan-jun. 2018. p. 147 e 162. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 354-368, p. 354.

³⁸ ARISTÓTELES. *Tópicos*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda. 2007, p. 401.

³⁹ “a título de exemplo, a definição de ‘homem’ deve poder aplicar-se validamente a todo e qualquer homem”. ARISTÓTELES. *Tópicos*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda. 2007, p. 401.

pena de não ser definição, deve convir a todo o definido e só ao definido”⁴⁰. Essa lição nos leva a duas premissas adicionais⁴².

b) o conceito de processo estrutural deve englobar todos os processos estruturais assim enquadráveis. Por essa premissa, qualquer conceito que indique diferenças específicas (características) que não englobem todos os processos estruturais será insatisfatório;

c) o conceito de processo estrutural deve englobar apenas os processos estruturais. Nesse sentido, qualquer conceito que indique diferenças específicas (características) que englobem outros processos (não estruturais) será insatisfatório.

Estas três premissas servirão de base para a análise dos conceitos e características tradicionalmente apontados pela doutrina, assim como para os aperfeiçoamentos que entende devidos.

2.2 QUESTÕES TERMINOLÓGICAS

2.2.1 Opção pelo estudo do conceito de processo estrutural, e não de decisão, medida, execução, provimento e litígio estrutural

O adjetivo “estrutural” ou “estruturante” é diversamente aplicado⁴³: *injunction*⁴⁴,

⁴⁰Isso implica, como continua o autor em que “A definição deve ser conversível no definido”. TELLES JUNIOR, Goffredo. *Tratado da Consequência: curso de lógica formal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Kindle Edition, Posição 5512-30.

⁴² Denomina-as como os dois corolários da natureza das definições, MÁYNEZ, Eduardo Garcia. *Lógica del concepto jurídico*. Fondo de Cultura Económica. México - Buenos Aires, 1959.p. 68.

⁴³De modo geral os textos acerca do tema acabam por tomar diversas dessas expressões ao longo de suas exposições. Edilson Vitorelli, inclusive, em dois excelentes textos, toma tais expressões como objeto de estudo e apresenta sua proposta de distinção para tantos conceitos relacionados: VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Vol. 7, ano 4. p. 147-177. São Paulo: Ed. RT, jan-jun. 2018 e VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2018, ano 43, v. 284, p. 333-369.

⁴⁴Entre outros, em texto reconhecido como um marco na discussão e utilizando a expressão na sua origem de língua inglesa, FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n.1, 1979. p.1-58, p. 49. O autor além de utilizar da expressão *injunction structural* também assim adjetiva outras palavras formando, por exemplo, as expressões *structural litigation* e *structural remedy*. Também utilizando a expressão inclusive no título do trabalho: BAUERMANN, Desiré. *Structural injunctions no direito norte-americano*. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodim, 2017. p. 279-300 e RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. VARELLA, Luiz Henrique Borges. As *Structural Injunctions* e o Direito Processual Brasileiro: Apontamentos acerca do alcance coletivo, da participação

decisão⁴⁵, medida⁴⁶, execução⁴⁷, reforma⁴⁸, litígio⁴⁹, ações⁵⁰, provimentos⁵¹ são exemplos de expressões que recebem o adjetivo estrutural⁵². Tais expressões invariavelmente se relacionam, ainda que em sentido amplo, com o conceito de processo estrutural.

Tratando-se de conceito fundamental primário da Teoria Geral do Processo, o conceito

e da executividade das medidas estruturantes no âmbito da Litigância de Interesse Público. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 513-539.

⁴⁵Entre outros, ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410. OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, Nem “Nada” - Decisões Estruturais e efeitos jurisdicionais complexos, In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202. DIDIER JR., Freddie. ZANETI JR, Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 353-368. PINTO, Henrique Alves. *O enquadramento das decisões estruturais no Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. MEDEIROS JR., Leonardo. *Processo Estrutural Consequencialista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

⁴⁶JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público & medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018. PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. CÓRTES, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual* v. XIII, jan.-jun./2014, p. 229-258. MARÇAL, Felipe Barreto. *Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

⁴⁷VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Vol. 7, ano 4. p. 147-177. São Paulo: Ed. RT, jan-jun. 2018, p. 162 e VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2018, ano 43, v. 284, p. 333-369. p. 10 (versão eletrônica).

⁴⁸FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n1, 1979. P.1-58, p. 2. VERBIC, Franciso. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina: Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 63-84.

⁴⁹Entre outros, PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N.º 2. Noviembre de 2014, p. 41-82. FERRARO, Marcela Pereira. Litígios Estruturais: Entre técnica processual e tutela dos direitos. In: ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. (coord). DOTTI, Rogéria.(org). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 665-682. NUNES, Leonardo Silva. COTA, Samuel Paiva. FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos Litígios aos Processos Estruturais: Pressupostos e Fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. (Orgs.). *Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. SARAIVA, Carolina Barros. *Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal*. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p.14-15.

⁵⁰DANTAS, Eduardo Souza. *Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Curitiba: Juruá, 2019.

⁵¹ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 386 e MINAMI, Marcos Youji. Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do Código de Processo Civil brasileiro de 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 34.

⁵² Felipe Marçal, também verifica a necessidade de esclarecimento terminológico, mas questiona até mesmo a adequação das expressões estrutural ou estruturante Para o autor, referidas expressões reduziriam a abrangência do conceito, entendendo que, em alguns casos, tais processos não implicarão em mudança ou criação de estrutura. MARÇAL, Felipe Barreto. *Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018, p 27-28.

de processo⁵³ é, então, articulador dos demais conceitos jurídicos fundamentais do seu campo de atuação, tal circunstância justifica a opção por buscar a conceituação de processo estrutural, como modo de compreender também os demais conceitos adjetivados de estrutural ou estruturante e relacionados ao tema⁵⁴.

2.2.2 Sentido do termo estrutura

Sendo estrutural ou estruturante, termos relativos à estrutura, palavra já utilizada em múltiplos sentidos⁵⁵, reclama-se também aqui um esclarecimento preliminar a fim de evitar incompREENSões⁵⁶.

Entre os sentidos possíveis, reconhece-se a existência de pensadores que utilizam a expressão em sentido lógico como plano de uma relação⁵⁷, trata-se de uma acepção mais ampla da expressão. Em uma acepção restrita e específica estrutura não é um plano qualquer, mas um plano hierarquicamente ordenado, “uma ordem finalista intrínseca destinada a conservar o máximo possível seu plano”⁵⁸.

Segundo Nicola Abbagnano, trata-se aqui do sentido mais correspondente ao uso na linguagem comum. Assim, uma estrutura não é formada apenas por um conjunto de elementos em relação, mas “por uma ordem hierárquica que tem o objetivo de garantir o êxito de sua

⁵³ DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 76.

⁵⁴ Assim, por exemplo, conforme a perspectiva que se examine o processo estrutural, ele pode ser o método de exercício do poder no qual se profere ou concretiza uma decisão, medida ou execução estrutural. Pode ainda ser o processo utilizado para a solução de um litígio estrutural ou para promover uma reforma estrutural.

⁵⁵ Uma indicação da grande diversidade indicada na filosofia, na sociologia, na psicologia, na linguística, na estética, entre outras, veja-se em: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1^a edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos, Ivone Castilho Benedetti – 4^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.p. 376-377.

⁵⁶ Veja-se por exemplo, a controvérsia entre Humberto Ávila e Paulo de Barros Carvalho acerca do termo “estruturalismo” na crítica recíproca referida nos textos ÁVILA, Humberto. Ciência do Direito Tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética, 2014, n. 32, p. 159-197, p. 193-194 e CARVALHO, Paulo de Barros. Breves considerações sobre a função descriptiva da Ciência do Direito Tributário. *Consultor Jurídico*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-01/paulo-barros-breves-consideracoes-funcao-descriptiva-ciencia-direito-tributario>. Acesso em 07 de janeiro de 2019.

⁵⁷ Assim, duas relações têm a mesma estrutura quando o mesmo plano vale para ambas.

⁵⁸ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1^a edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos, Ivone Castilho Benedetti – 4^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.p. 376-377.

função e sua própria conservação”⁵⁹.

Dois exemplos: a) a estrutura de um edifício é a correlação entre suas partes que assegura sua estabilidade e lhe permite corresponder ao uso que lhe é destinado⁶⁰; b) a estrutura de uma árvore frutífera é a correlação entre suas partes que lhe permite existir enquanto tal e dar frutos. Suas raízes, seu tronco, seus galhos e folhas se relacionam em direção à sua existência como tal e à produção de frutos.

Em resumo, estrutura é o modo de se relacionar das partes, elementos ou objetos em uma ordem finalista intrínseca que permita manter-se e alcançar a destinação, o resultado esperado dessa relação. É nesse sentido que o termo é utilizado neste trabalho⁶¹.

Uma advertência: o termo “estrutura”, ao adjetivar o conceito de processo, nos limites pretendidos, exige o deslocamento da análise de uma perspectiva estática para uma perspectiva dinâmica. Assim, não se trata de analisar as partes, elementos ou objetos em relação (analisando a estrutura estaticamente), mas de analisar, como objeto de um processo, as alterações nestes ou em suas relações que permitam a criação, extinção ou modificação de estruturas, que possibilitarão o alcance de determinados resultados.

Retomando os exemplo indicados na introdução, tratar-se-ia de, pelo processo, extinguir, modificar (ou criar em sentido oposto) estruturas que sustentem: a segregação racial em escolas públicas primárias; um meio ambiente degradado; sistemas prisionais que atentam contra a integridade de detentos; a impossibilidade de exercício do direito à educação infantil pela falta de vagas em creches; a prática continuada de atos ilícitos em empresas; a situação de crise em empresas; a precariedade de determinado sistema de saúde pública.

Em síntese: uma atuação imediata nas estruturas⁶² (estado de coisas) das quais se

⁵⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos, Ivone Castilho Benedetti – 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.p. 376-377.

⁶⁰ O exemplo é do próprio Nicola Abbagnano. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos, Ivone Castilho Benedetti – 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.p. 376-377.

⁶¹ Sentido que parece distinto, por exemplo, do que é empregado no Projeto de Lei nº 8.058/2014 da Câmara dos Deputados, que visa instituir processo especial para controle e intervenção em políticas públicas. Em referido projeto se lê no parágrafo único do art. 2º “Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características: I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes.” Como se lê, a expressão estrutural, no texto do projeto, parece ter maior relação com o diálogo entre os poderes que com a modificação em estruturas que causam fatos contrários ao Direito.

⁶² Jordão Violin afirma que o processo coletivo estrutural toma “a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada” em que “Não é o conflito que deve ser extirpado, mas suas causas”, VIOLIN, Jordão. *Protagonismo*

originam fatos contrários ao Direito, atuando apenas indiretamente nos seus efeitos. Nas palavras do provérbio: *sublata causa, tollitur effectus* (suprima a causa que o efeito cessa).

2.3 PANORAMA DOUTRINÁRIO DOS CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

2.3.1 Diversas análises relacionáveis a um mesmo fenômeno

Em que pese controvérsias existentes acerca do momento e do local em que os processos aqui denominados estruturais se originaram⁶³, parece inquestionável que a doutrina e as discussões específicas a seu respeito se formaram na segunda metade do século XX, especialmente após a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos casos *Brown v. Board of Education of Topeka*⁶⁴ e *Brown II*⁶⁵, quando restou imposta uma transformação do sistema de ensino dual – com escolas para crianças negras e escolas para crianças brancas – em um sistema unitário, com escolas integradas⁶⁶.

O modo como tal transformação social restou judicialmente conduzida foi levado para outros âmbitos de aplicação: presídios, hospitais psiquiátricos, alojamentos públicos; tudo isso

Judiciário e processo coletivo estrutural. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 151, (destaque no original). Edilson Vitorelli em aula ministrada no Programa de Pós-graduação em Direito na Universidade Federal da Bahia tratou do tema de forma semelhante com a alegoria de um barco com vários furos: o processo não estrutural se preocupa em tirar a água de dentro do barco com pequenos baldes e o processo estrutural tem por meta atacar a causa (consertar o barco). VITORELLI, Edilson. “Litígios estruturais como litígios irradiados: decisão e implementação”. Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal da Bahia. Aula ministrada em 09 de janeiro de 2018, na disciplina Direito Processual em Transformação. Salvador, 2018.

⁶³ Para Owen Fiss tem início nos Estados Unidos nos anos seguintes a 1954 e 1955, como resultado do esforço para por em prática o que foi decidido em *Brown v. Board of Education of Topeka*. FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n.1, 1979. p.1-58, p. 2. Para Abram Chayes tem como marco algum momento após 1.875, também nos Estados Unidos, por um crescente corpo de legislação explicitamente projetado para modificar e regular os arranjos sociais e econômicos básicos. CHAYES, Abram. The Role of the Judge In Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316. p. 1282-1283, p. 1288. Para Eisenberg e Yeazell, por outro lado, não se trata de um modelo novo de litígio, mas sim de um modelo institucional de litígio que possui precedentes no *common law* inglês, desde a idade média. EISENBERG, Theodore. YEAZELL, Stephen C.. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation. *Harvard Law Review*. Vol. 93, n. 3, january de 1980. p. 465-517.

⁶⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka*– 347 U.S. 483 (1954)

⁶⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955)

⁶⁶ Uma análise minuciosa do caso, inclusive com uma análise dos julgamentos anteriores da Suprema corte Estadunidense acerca do direito dos negros, veja-se, JOBIM, Marco Félix. *Brown v. Board of education: a origem das medidas estruturantes* *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 26, p. 441-465, maio/ago. 2013.

não apenas nos Estados Unidos, mas também em outros países⁶⁷. Analisando tais processos, a doutrina, da época e a atual, controverte sobre os aspectos que o definem.

Uma análise crítica do conteúdo de diferentes posicionamentos surgidos desde a origem das discussões (por vezes analisando os mesmos casos) permitirá verificar pontos de concordância e divergência, e, também, ressaltará a possibilidade de aperfeiçoamentos na identificação e caracterização dos processos estruturais.

A seguir, serão brevemente analisados estudos relativos ao tema, publicados entre 1976 e 1979 e responsáveis por três concepções que, apesar das denominações distintas, parecem em grande medida tratar dos processos estruturais, com relevantes pontos de interseção, apresentando características ainda hoje predominantes na doutrina. Uma quarta concepção será adicionada para análise de duas visões contemporâneas que, juntas, podem indicar o caminho para aperfeiçoamentos no tratamento do tema.

2.3.2 *Public law litigation*

2.3.2.1 Conteúdo

O modelo de processo denominado *Public Law Litigation* (traduzido pela doutrina como Litígio ou Processo de Interesse Público⁶⁸) será exposto como base na doutrina de Abram Chayes⁶⁹ em artigo publicado em 1976, o qual apresenta as características do modelo, sobretudo

⁶⁷ Roberto Mangabeira Unger sustenta o maior desenvolvimento do tema nos Estados Unidos, mas ressalta o caráter universal que está alcançando. UNGER, Roberto Mangabeira. Legal Analysis as Institutional Imagination. *The Modern Law Review*. Volume 59 January n. 1, 1996, p. 1-23. p. 4.

⁶⁸ A expressão litígio de interesse público é utilizada mesmo na tradução para o espanhol do texto que aqui é base para a análise da concepção, vide nesse sentido: CHAYES, Abram. *El rol del juez en el litigio de interes público*. Trad. VERBIC, Francisco. MINATTA, Olivia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 268, jun. 2017. p. 143-188; A expressão processo de interesse público é utilizada por exemplo por Carlos Alberto de Salles, SALLES, Carlos Alberto de. *Processo Civil de Interesse Público*. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-77. Edilson Vitorelli utiliza a expressão especialmente para fins de comparação com os processos estruturais, VITORELLI, Edilson. *Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Vol. 7 ano 4. P. 147-177. p. 164. Assim também Rodrigo Gismondi, GISMONDI, Rodrigo. *Processo Civil de Interesse Público & Medidas Estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018.

⁶⁹ A escolha do texto de Abram Chayes se deve ao detalhamento e à estrutura analítica com que trata a matéria ainda em um período inicial da discussão. Não se pretende com isso desmerecer outros textos que, igualmente importantes, poderiam ser objeto da presente investigação (como, p. ex., CAPPELLETTI, Mauro. *Vindicating the*

por meio de uma comparação que faz com o que denomina modelo tradicional⁷⁰.

Na visão do autor⁷¹, o *Public Law Litigation* altera muitas das características do modelo tradicional⁷², se apresentando com:

- a) uma estrutura de partes que não é rigidamente bilateral⁷³, mas expansiva e sem forma predeterminada⁷⁴, e cujo conflito não é resolvido na base do vencedor leva tudo, sendo possível proteger ao menos parcialmente o interesse de ambas as partes e talvez de ainda outros interesses⁷⁵;
- b) uma instrução não histórica nem preparatória para a adjudicação, mas prospectiva⁷⁷ e legislativa⁷⁸, sendo o juiz chamado não para identificar os fatos do passado, mas

Public Interest through the Courts: A Comparativist's Contribution. *Buffalo law Review*, vol. 25, 1976, p. 645-690).

⁷⁰ O autor justifica o modelo por uma tradição recebida na qual a atividade regulatória do estado era vista como suspeita, justificando um juiz passivo com pouca responsabilidade relacionada com os aspectos fáticos da causa ou sobre o modo de dar forma e organizar o processo para julgamento do caso, especialmente considerando a circunstância de que o impacto do julgamento é apenas para as partes. A partir de um certo momento, que Chayes indica como o ano de 1.875, referido modelo se torna insuficiente frente ao crescente avanço de leis destinadas a modificar e regular os arranjos sociais e econômicos básicos, bem como diante das consequências políticas da revisão judicial das leis (*judicial review*). A estrutura bipolar é questionada com a percepção de que os efeitos do litígio não se encontravam circunscritos às partes, bem como por exigência da eficiência, a sugerir que os tribunais não tivessem que deliberar mais uma vez sobre o mesmo complexo de eventos. A base decisória do vencedor leva tudo, o caráter retrospectivo do litígio e o caráter interdependente entre o direito e a tutela foram questionadas com o que o autor denominou o triunfo da *Equity*. Referido contexto resultou em alterações no caráter da investigação e determinação dos fatos e no conteúdo da sentença.

⁷¹ CHAYES, Abram. The Role of the Judge In Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316, p. 1302. Deve-se salientar que o autor enumera oito características do *Public Law Litigation*; pede-se vênia ao autor e aos leitores para, efetivamente comprovando sua afirmação, unir tais características em apenas cinco e, assim, confrontá-las e perceber sua inversão com relação ao modelo tradicional. Entende-se que foi respeitada integralmente a ideia do texto do autor, sempre que possível mantendo todas as palavras, quando muito utilizando outras partes do texto em que a característica foi mais bem elucidada, para que restasse identificada de plano.

⁷² Segundo Chayes, o modelo tradicional de processo tem por características: a) ser bipolar, com dois interesses diametralmente opostos a serem resolvidos na base de que o vencedor leva tudo; b) ser retrospectivo, girando em torno de uma série identificada de eventos passados e destinado a determinar se eles ocorreram e quais consequências jurídicas para as partes; c) ter um direito e uma tutela judicial interdependentes, sendo esta decorrente logicamente da violação do daquele, como compensação ao autor em face do réu; d) um processo auto-contido (independente) com impacto da sentença restrito às partes e com a emissão da sentença concluindo a atividade judicial; e e) um processo iniciado e controlado pelas partes, às quais compete definir os fatos a serem submetidos ao juízo, que apenas decide as questões de direito que lhe forem submetidas. CHAYES, Abram. The Role of the Judge In Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1282-1283.

⁷³ O autor trabalha o tema em tópico que denomina “o desaparecimento da estrutura bipolar”.

⁷⁴ Isso porque, nas palavras do autor, é sujeita a alterações ao longo do curso do processo. CHAYES, Abram. The Role of the Judge In Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976, p. 1284.

⁷⁵ E para o autor, na medida que tal arranjo é possível, a equidade parece exigir-lo. CHAYES, Abram. The Role of the Judge In Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316, p. 1293.

⁷⁷ O caráter prospectivo de algumas decisões no mesmo período foi identificado por Doug Redleman. In: RENDLEMAN, Doug R. Prospective Remedies in Constitutional Adjudication. *West Virginia Law Review*. v. 78. N. 2, 1976, p. 163.

⁷⁸ O autor justifica a razão de seu entendimento sobre como esse processo acaba por assemelhar-se com a atividade legislativa. Segundo Chayes, isso ocorre porque o julgamento elabora um regime visando regulamentar uma série

para avaliar as consequências de programas alternativos⁷⁹ que possam corrigir uma política pública;

c) uma tutela não é concebida como compensação por uma atividade ocorrida no passado; pelo contrário, olha para frente, é projetada para o caso, de forma ampla e flexível e não é imposta, mas negociada, porque o objeto da ação não é uma disputa entre particulares, mas uma reivindicação sobre o funcionamento de políticas públicas;

d) os efeitos da tutela provocam, geralmente, importantes consequências para muitas pessoas⁸⁰, incluindo para aqueles que não foram parte do processo; além disso, a decisão judicial não exaure a função judicial no caso, exigindo uma participação contínua⁸¹ do tribunal para além decisão;

e) o objeto do processo é moldado também pelo tribunal e não apenas pelas partes.

de ações positivas para um futuro indefinido, que vincula todas as pessoas que fazem parte dessa área. CHAYES, Abram. *The Role of the Judge In Public Law Litigation*. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316, p. 1297.

⁷⁹ O autor trata do tema no tópico “*The Changing Character of Factfinding*” traduzido como o aspecto mutável da investigação e determinação dos fatos ou ainda como caráter mutável da descoberta e estabelecimento dos fatos. Segundo defende Chayes, trata-se de importante distinção com o modelo tradicional de processo, o qual se preocupa em avaliar as consequências de determinadas condutas específicas do passado para as partes. Essa orientação retrospectiva é, para ele, inapropriada para litígios de interesse público que geralmente buscam impor uma ação futura, inclusive modificando o curso de uma conduta ou condição atual. A questão passa a ser saber se a ação concreta se materializará, em que circunstâncias e com que consequências, sendo secundário preocupar-se com a forma como surgiu a situação atual ou as atitudes dos personagens envolvidos. Nas palavras do autor: “The traditional model of adjudication was primarily concerned with assessing the consequences for the parties of specific past instances of conduct. This retrospective orientation is often inappropriate in public law litigation, where the lawsuit generally seeks to enjoin future or threatened action, or to modify a course of conduct presently in train or a condition presently existing. In the former situation, the question whether threatened action will materialize, in what circumstances, and with what consequences can, in the nature of things, be answered only by an educated guess. In the latter case, the inquiry is only secondarily concerned with how the condition came about, and even less with the subjective attitudes of the actors (...).”. CHAYES, Abram. *The Role of the Judge In Public Law Litigation*. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316. p. 1296.

⁸⁰ Nas palavras do autor: “And relief is not a terminal, compensatory transfer, but an effort to devise a program to contain future consequences in a way that accommodates the range of interests involved”. Em tradução livre: A tutela não é uma transferência compensatória e final, mas sim um esforço para elaborar um programa para conter consequências futuras de uma forma acomodando uma gama de interesses envolvidos. CHAYES, Abram. *The Role of the Judge In Public Law Litigation*. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316. p. 1294.

⁸¹ Em algumas passagens do texto, o autor ressalta a necessidade de um envolvimento continuado do tribunal, tais como: “Most important, the trial judge has increasingly become the creator and manager of complex forms of ongoing relief, which have widespread effects on persons not before the court and require the judge's continuing involvement in administration and implementation”. Em tradução livre: o juiz de primeira instância torna-se o criador e gestor de formas complexas de tutela contínuas, que têm efeitos generalizados sobre pessoas que não estão perante o tribunal e exigem o envolvimento continuado do juiz na sua administração e implementação. CHAYES, Abram. *The Role of the Judge In Public Law Litigation*. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316. p. 1284. E ainda: “The decree (...) It provides for a complex, on-going regime of performance rather than a simple, one-shot, one-way transfer. Finally, it prolongs and deepens, rather than terminates, the court's involvement with the dispute”. Em tradução livre: A sentença (...) estabelece um regime de atuação complexa e contínua em vez de uma resposta única e imediata e prolonga e aprofunda o envolvimento do tribunal no caso. CHAYES, Abram. *The Role of the Judge In Public Law Litigation*. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316. p. 1298.

O juiz não tem um papel passivo, sua função vai além da declaração do direito aplicável, sendo ativo na instrução para investigação e determinação dos fatos, bem como na organização do processo para assegurar um resultado justo e viável.

Voltando aos exemplos, é possível facilitar a compreensão de tais características.

Dos Estados Unidos, é emblemático citar o caso *Holt v. Sarver*⁸², no qual se questionou a constitucionalidade⁸³ do sistema prisional do Arkansas, marcado, entre outras situações, por detentos mantidos em barracões superlotados, sem ventilação, com alimentação apenas capaz

⁸² Em verdade são ao menos seis causas que tramitaram entre 1969 e 1982: *Holt v. Sarver* (300 F. Supp. 825 - ED. Ark. 1969), *Holt v. Sarver II* (309 F. Supp. 362 - ED. Ark. 1970; 442 F. 2d. 304 – 8th Cir. 1971), *Holt v. Hutto* (363 F. Supp. 194 - ED. Ark. 1973), *Finney v. Arkansas Board of Corrections* (505 F. 2d. 194 - 8th Cir. 1974), *Finney v. Hutto* (410 F. Supp. 251 ED. Ark. 1976) e *Finney v. Hutto* (455. F. Supp. 756. 1978).

⁸³ A expressão convida a ressaltar, para que seja feita referência a importante espécie do gênero que se busca definir, e, também classificável como *public law litigation*, a judicialização do denominado Estado de Coisas Inconstitucional. Assim considera, por exemplo, Roberto Omar Berizonce, indicando o tratamento do estado de coisas inconstitucional em tópico do artigo intitulado “Los litigios de interés público en la experiencia colombiana”, BERIZONCE, Roberto Omar. Los Conflictos de Interés Público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henrique da (Coord.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 261-286, p. 276. No mesmo sentido CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 187-188. Em verdade o autor relaciona o estado de coisas inconstitucional tanto com as *structural injunctions* como com o *public law litigation*. Também relacionado os processos estruturais com o estado de coisas inconstitucional, veja: DANTAS, Eduardo Souza. *Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Curitiba: Juruá, 2019. Aqui se opta por enquadrar o tema como espécie de *public law litigation*, vez que, como adiante se verificará, a concepção original das *structural injunctions* relaciona-se mais propriamente com reestruturação de organizações estatais; por outro lado, o estado de coisas inconstitucional tem aplicação mesmo quando não se busca tal restruturação. A Doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional (ou, mais propriamente, com essa denominação) surge da atuação da Corte Constitucional da Colômbia que, em casos de violação de direitos fundamentais pelo Estado e decorrente de falhas estruturais, atendidos determinados pressupostos, entendeu pela necessidade de se voltar contra um estado de coisas vigente e inconstitucional, inclusive interferindo na dinâmica de atuação dos outros poderes. Dada a condição de ser uma construção jurisprudencial, a própria Corte indicou os pressupostos que entende devam estar preenchidos para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Vejamos trechos da *Sentencia T-025/04* da Corte Constitucional de Colômbia, em termos que seguem resumidos: a) violação maciça e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; b) omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantir os direitos; c) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela (procedimento especial da legislação colombiana em parte correspondente ao mandado de segurança do Direito brasileiro) como parte do procedimento para garantir direitos; d) ausência de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para impedir a violação de direitos. e) um problema social cuja solução envolve a intervenção de várias entidades em um conjunto complexo e coordenado de ações, inclusive um esforço orçamentário adicional; f) risco de multiplicação excessiva de processos judiciais, caso, para obter a proteção de seus direitos, seja necessário recorrer ao judiciário. A semelhança pode ser ainda mais explicitada à luz do caso citado como exemplo do *public law litigation*. Para tanto, ideal retornar ao caso *Holt v. Server*, que questionou sistema prisional do Arkansas tendo por base sua inconstitucionalidade. Trata-se de processo com objeto bastante semelhante com um dos casos mais notórios de declaração de estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional Colombiana, a qual, por meio da *Sentencia T - 153/98* tratou do problema da superlotação carcerária e das condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellin (*Sentencia T -153*, de 28 de abril de 1998). Assim, a doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional parece ter pleno enquadramento como espécie de *Public Law Litigation*, apenas com limites mais estreitos e pressupostos mais rígidos, conforme a fixação realizada pelo tribunal, podendo se concluir que sempre que houver declaração de um estado de coisas inconstitucional se estará a falar de um litígio de interesse público, não sendo a recíproca verdadeira.

de garantir a sobrevivência, submetidos a trabalhos forçados, com tratamento médico quase inexistente, sendo comuns as mortes violentas e os abusos sexuais⁸⁴.

Aplicando a característica indicada em “a”, é verificável que o conflito não é bilateral, pois envolve a generalidade dos detentos, funcionários, administradores, contribuintes, todos atual e futuramente, bem como o conflito não é resolvido na base de o vencedor leva tudo, o que implicaria as alternativas de, ou manutenção das condições existentes no sistema prisional, ou, por outro lado, a simples liberação dos presos.

Ao contrário, talvez frustrando uns e outros, o juiz J. Smith Henley, após considerar cruel, incomum e proibido pela Constituição⁸⁵ o próprio confinamento nas condições verificadas nas prisões do Arkansas, passou a determinar ao executivo a apresentação de planos de ação e relatórios para verificação da efetiva melhoria das condições.

Assim, o juiz analisava as consequências do plano executado (b), projetava e negociava a melhoria da política pública (c) com efeitos para todos na mesma situação, mediante uma atuação contínua (d) e ativa (e) do juízo.

2.3.2.2 Análise crítica

Utilizando o quanto sustentado acerca das premissas à fixação de conceitos, verifica-se a necessidade de aperfeiçoamentos do conceito em relação ao alcance do modelo de processo expresso na própria denominação do autor (*public law litigation*) que, nas palavras de Abram

⁸⁴ Um relato detalhado do problema em VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303-352, p.307-313.

⁸⁵ “It appears to the Court, however, that the concept of ‘cruel and unusual punishment’ is not limited to instances in which a particular inmate is subjected to a punishment directed at him as an individual. In the Court’s estimation confinement itself within a given institution may amount to a cruel and unusual punishment prohibited by the Constitution where the confinement is characterized by conditions and practices so bad as to be shocking to the conscience of reasonably civilized people even though a particular inmate may never personally be subject to any disciplinary action”. Em tradução livre: Parece, no entanto, à Corte que o conceito de ‘punição cruel e incomum’ não se limita a casos em que um detento em particular é submetido a uma punição dirigida a ele como indivíduo. Para a Corte, o próprio confinamento dentro de uma determinada instituição pode equivaler a uma punição cruel e incomum proibida pela Constituição, no qual o confinamento é caracterizado por condições e práticas tão ruins a ponto de chocar a consciência de pessoas razoavelmente civilizadas, mesmo que nunca pessoalmente determinado detento tenha estado sujeito a uma ação disciplinar. Vide *Memorandum Opinion* de 18 de fevereiro de 1970 in *Holt v. Sarver*, 309 F. Supp. 362 (ED. Ark. 1970).

Chayes⁸⁶, não parece cobrir todas as facetas do que, naquele momento, estava ocorrendo nos tribunais.

Conforme leciona Genaro Carrió⁸⁷, o significado de uma palavra ou expressão linguística depende de uma convenção. A expressão *public law litigation* possui o adjetivo (*public*) cuja convenção existente exige distorcer seu uso, reduzindo sua utilidade⁸⁹ como elemento do conceito⁹⁰.

Assim, a denominação *public law litigation* não cobre todas as variáveis, nem mesmo do que fora exposto no próprio texto do autor, uma vez que ele, muito embora não inclua expressamente tal circunstância em seu rol de características, atribui a áreas convencionalmente do direito privado (falências, recuperação de empresas, valores mobiliários e outros aspectos da condução de negócios corporativos)⁹¹ características do *public law litigation*.

Sob outra perspectiva, a denominação pode implicar outro erro. É que diversos litígios e processos convencionalmente de interesse ou direito público não possuem as características citadas⁹² do modelo do *public law litigation*.

⁸⁶ Nas palavras do autor: “The shift in the legal basis of the lawsuit explains many, but not all, facets of what is going on ‘in fact’ in federal trial courts. For this reason, although the label is not wholly satisfactory, I shall call the emerging model ‘public law litigation’.” Em tradução livre: “A mudança na base normativa do processo explica muitas, mas não todas, as facetas do que está acontecendo ‘de fato’ nos tribunais de justiça federais. Por essa razão, embora o rótulo não seja totalmente satisfatório, chamarei o modelo emergente de ‘litígio de direito público’.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge In Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316. p. 1284.

⁸⁷ CARRIO, Genaro. *Notas sobre el derecho y lenguaje*. 3.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 92.

⁸⁹ Novamente com Carrió: “Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles [o bien, pueden ser desorientadoras]; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables”. Em tradução livre: As classificações não são verdadeiras nem falsas, são úteis ou inúteis (ou podem ser desorientadoras); suas vantagens ou desvantagens são subordinadas ao interesse que orienta a pessoa que as formula e à sua fertilidade a apresentar um campo de conhecimento de uma maneira que seja mais facilmente compreensível ou mais rica em consequências práticas desejáveis. CARRIO, Genaro. *Notas sobre el derecho y lenguaje*. 3.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 99.

⁹⁰ Seja considerando, como faz acertadamente Gustavo Osna, a atual fluidez e zona cinzenta entre as esferas pública e privada contraindicando a utilização de tal critério para a distinção, OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, Nem “Nada” - Decisões Estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202, seja porque em caso de manutenção da dicotomia como instrumento de sistematizações do Direito, ramos como Direito Comercial e Direito Civil são identificados como de direito privado, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 101-112.

⁹¹ CHAYES, Abram. The Role of the Judge In Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316, p. 1284.

⁹² Na doutrina, por exemplo parece ser o entendimento de Edilson Vitorelli ao afirmar que “litígios de interesse público podem ser resolvidos na via do processo individual, mediante criação de um precedente obrigatório, na via do controle abstrato de constitucionalidade ou por intermédio de processos coletivos, estruturais ou não.” VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2018, ano 43, v. 284, p. 333-369.

Basta pensar em um processo que tenha todas as características de *public law litigation*, mas se satisfaz com a mera declaração da existência ou inexistência do direito dos autores, sendo desnecessária uma participação contínua do tribunal (característica indicada em “d”), por não exigir uma etapa executiva⁹³ no processo.

A primeira conclusão crítica desta análise é que o conceito expresso sob o título *public law litigation* restringe o conteúdo ao representar menos do que deveria⁹⁴, pois não apenas os processos envolvendo interesses ou direitos públicos possuem as características do modelo indicado por Chayes; como amplia o conteúdo, ao dizer mais do que deveria ao induzir, com base nas convenções acerca da expressão “*public*” utilizada, sejam incluídos processos sem as características citadas.

Uma outra análise crítica se inicia a partir de duas das características indicadas por Chayes. Da característica “c” se afirma que a tutela não é imposta, mas negociada. Por outro lado, da característica “e”, o juiz tem um papel mais ativo se relacionado ao modelo tradicional⁹⁵.

Mesmo considerando apenas os exemplos apresentados por Chayes, o *public law litigation* não permite que tais características sejam verificadas no citado aspecto estático e abstrato⁹⁶.

Nos exemplos *Brown*⁹⁷ e *Holt v. Sarver*⁹⁸, houve um alto grau de imposição da tutela e um papel mais ativo do juiz em relação ao papel das partes, mas que também não as excluiu

⁹³ É por exemplo o que ocorreria se o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) fosse julgado improcedente, certamente não deixaria de ser um processo de interesse público, mas não com as características do autor.

⁹⁴ Ao menos na concepção de Abram Chayes.

⁹⁵ Embora escape aos limites deste trabalho, ressalte-se ser uma das dificuldades do modelo a definição dos limites do papel do juiz, geralmente tomado no contexto da intervenção judicial em políticas públicas critica-se a extração dos limites no agir do Poder Judiciário. Mangabeira Unger, após criticar a legitimidade e capacidade do Judiciário chega a sugerir que as reformas estruturais deveriam ser tomadas por um outro agente do estado a ser eleito, financiado e projetado expressamente para realizar tal missão. UNGER, Roberto Mangabeira. Legal Analysis as Institutional Imagination. *The Modern Law Review*. Volume 59 January n. 1, 1996, p. 1-23. p. 6.

⁹⁶ O modelo da tutela e da atuação do juiz é fruto de relevantes discussões posteriores entre David Landau e Mark Tushnet entre injunções estruturais e injunções de forma fraca, TUSHNET, Mark. A response to David Landau. *Harvard International Law Journal Online*. V. 53, 2012, p. 155-164 e LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. V. 53, 2012, p. 189-247. Os temas também são objeto de interessante estudo de Charles F. Sabel, William H. Simon ao tratar dos modelos do experimentalismo e de comando-e-controle; SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1.016-1.101, fev. 2004.

⁹⁷ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

⁹⁸ *Holt v. Sarver* (300 F. Supp. 825 - ED. Ark. 1969).

do controle do processo⁹⁹.

De outra forma, processos como falências e recuperação de empresas (citados por Chayes como também em algum grau detentores das características do *public law litigation*), ante a predominância de interesses privados, certamente terão um menor grau de imposição da tutela com maior margem de negociação e um papel menos ativo do juiz em relação às partes, mas também não anulado por essas.

Na verdade, tais características (negociabilidade ou impositividade da tutela e papel mais ou menos ativo do juiz) não se relacionam apenas à diferença entre os modelos tradicional e do *public law litigation*. Como adverte Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., decorrem mais do princípio da adequação, que atua sobre um equilíbrio dinâmico entre os princípios inquisitivo e dispositivo no processo¹⁰⁰ conforme os direitos material e processual relativos ao caso.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.¹⁰¹, tratando da predominância dos aspectos inquisitoriais no processo coletivo, propõem uma metáfora matemática por meio de uma função racional tendente a zero, mas sem jamais chegar a zero, que calibra a amplitude da inquisitividade na atividade do juiz conforme o direito material e direito processual, a qual, com outras variáveis, é plenamente aplicável ao caso.

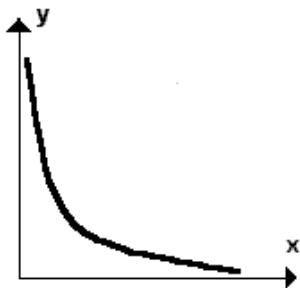
Uma representação gráfica¹⁰² de referida função pode ser visualizada a seguir, na qual o “y” seria o calibre da inquisitividade do processo que aumenta conforme se reduz a presença de determinadas características materiais e processuais, “x”, as quais atribuem maior calibre de dispositividade às partes:

⁹⁹ Mesmo em referidos casos ouve períodos com um menor grau de imposição da tutela sobre o tema, tratando do caso *Brown*, RENDLEMAN, Doug R. *Brown II "All Deliberate Speed" at Fifty: A Golden Anniversary or A Mid-Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy?* *San Diego Law Review*. V.41, 2004, p. 1575-1616. Tratando sobre o caso *Holt v. Server*, VIOLIN, Jordão. *Holt v. Server e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas*. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303-352.

¹⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 12^a ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 132-137.

¹⁰¹ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 12^a ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 132-133.

¹⁰² Gráfico semelhante foi apresentado na aula de pós-graduação em direito na Universidade Federal da Bahia pelo professor Fredie Didier Jr, em exposição acerca do tema. DIDIER JR. Fredie. *Processo coletivo*. Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal da Bahia. Aula ministrada em no dia 22 de Outubro de 2018, na disciplina Direito Processual em Transformação. Salvador, 2018.



Exemplos dos autores podem ajudar na compreensão. Do ponto de vista do direito material, a inquisitividade será: maior nos casos envolvendo direito-dever e menor nos casos de pretensão de natureza patrimonial¹⁰³; maior nos casos envolvendo direitos indisponíveis e menor quando envolve direitos disponíveis; maior nos processos coletivos e menor nos individuais. Mas recorde-se, sem jamais chegar a zero. Assim, casos como *Brown e Holt v. Sarver* tendem a uma maior inquisitividade se comparado com processos como falências e recuperação de empresas, não por serem estruturais, mas pelos direitos material e processual aplicáveis.

Ante o exposto, na dissociação entre os modelos tradicional e do *public law litigation* e se apresentando como segunda conclusão crítica desta análise, as características da negociabilidade ou impositividade da tutela e do papel mais ou menos ativo do juiz devem ser vistas com as ressalvas indicadas.

2.3.3 Structural reform

2.3.3.1 Conteúdo

A proposta de conceito do denominado *structural reform* será analisada com base em texto publicado por Owen Fiss em 1979¹⁰⁴, no qual o autor parte do pressuposto de que, embora sem monopólio, é função do Poder Judiciário dar significado aos valores públicos.

A *structural reform* ocorre no exercício desta função, com distinção pelo caráter

¹⁰³ Aqui justifica o que foi dito acerca de um papel mais ativo do juiz nos processos envolvendo a segregação racial em escolas que em processos de falência e recuperação de empresas.

¹⁰⁴ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n.1, 1979. p.1-58

constitucional dos valores públicos a receberem significado, e pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e burocracias estatais¹⁰⁵.

O autor atribui a origem da *structural reform* ao esforço para colocar em prática a decisão do já citado caso *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁰⁶, o que exigiu uma reconstrução da realidade social (novos procedimentos para escolha de alunos, novos procedimentos para construção de escolas, substituição dos corpos docentes, revisão do sistema de transportes com novas rotas e distâncias, modificação do currículo, aumento de verbas etc.¹⁰⁷).

Processualmente, surgiu a necessidade de revisão das concepções formadas sobre a estrutura de partes, novas formas de controle do comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direito e tutela¹⁰⁸.

Fiss compara a *structural reform* com o que ele denomina modelo de resolução de controvérsias¹⁰⁹, que é visto pelos críticos como o padrão de atuação das cortes¹¹⁰.

¹⁰⁵ Nas palavras do autor: “Adjudication is the social process by which judges give meaning to our public values. Structural reform - the subject of this essay - is one type of adjudication, distinguished by the constitutional character of the public values, and even more importantly, by the fact that it involves an encounter between the judiciary and the state bureaucracies”. Em tradução livre: Adjudicação é o processo social pelo qual os juízes dão sentido aos nossos valores públicos. A reforma estrutural - objeto deste ensaio - é um tipo de adjudicação, que se distingue pelo caráter constitucional dos valores públicos, e ainda mais importante, pelo fato de envolver um encontro entre o judiciário e as burocracias estatais. (FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n.1, 1979. p.2).

¹⁰⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁰⁷ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n.1, 1979. p.2-3.

¹⁰⁸ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n.1, 1979. p.2-3.

¹⁰⁹ Acerca do modelo de resolução de controvérsias, o autor apresenta as seguintes características: a) O foco do processo é um incidente de violação de um direito ou o descumprimento de uma obrigação por parte de um indivíduo em relação a outro; b) O autor da ação, em regra, une em uma só pessoa três componentes analíticos, o de vítima do ato ilícito, o de representante que postulará a reparação e o de beneficiário da ação; da mesma forma o réu da ação também une em regra as condições de autor do ato ilícito, de representante do autor do ato ilícito e de destinatário do comando judicial que se busca; c) O juiz do modelo de resolução de controvérsias possui um papel passivo observando as partes na apresentação dos fatos, do direito e na articulação das medidas pleiteadas, possuindo apenas a tarefa de declarar qual das partes está certa; d) A fase de execução no modelo de resolução de controvérsia é eventual, exceto para réus que oferecem grande resistência o processo costuma ser concluído quando a decisão é anunciada e o total dos danos calculado, possuindo um começo, um meio e um fim bem definidos; e) A medida judicial concedida no modelo de resolução de controvérsias possui a violação do direito como sua fonte exclusiva, pressupondo um remédio judicial único em uma lógica quase dedutivo-formal.

¹¹⁰ Construído com estrutura distinta da procedida pelo autor de modo a agrupar todas as características de cada modelo permitindo uma comparação visual das distinções, no entanto mantidas todas as ideias, e sempre que possível com as mesmas palavras. A estrutura do autor apresenta as características do modelo de resolução de controvérsias seguido do correspondente modelo de *structural reform*. As características aqui apresentas, tanto de um quanto de outro decorrem de leitura dos tópicos “The transformation” e “The new formalism”. FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n.1, 1979. p. 18-28 e 46-50.

O autor apresenta como características da *structural reform*:

- a) o foco do processo é uma condição de vida social e o papel que grandes organizações desempenham na determinação destas condições;
- b) b.1 na parte autora da ação, verifica-se como vítima um grupo, o que exige um representante, alguém que não necessariamente seja membro do grupo. Ademais, o beneficiário, em que pese também seja um grupo, não necessariamente coincidirá em todos os termos com o grupo-vítima, podendo, por exemplo, ampliar-se;
- b) b.2 na parte ré, o autor do ato ilícito, o representante do réu e a pessoa que deve cumprir a medida em regra são pessoas distintas. Ademais, a figura do autor do ato ilícito praticamente desaparece, eis que o foco do processo não é o ato ilícito cometido, mas a dinâmica da burocracia estatal que o produziu;
- c) o juiz possui um papel mais ativo no processo, devendo assumir uma responsabilidade afirmativa para assegurar uma representação adequada;
- d) a fase de execução é certa, não é eventual. Tem um começo, talvez um meio, e quase não tem fim. Envolve uma longa e contínua relação entre o juiz e a instituição para eliminação da condição que ameaça os valores constitucionais;
- e) a medida judicial é considerada em termos instrumentais, tendo em vista o valor constitucional ameaçado, não sendo decorrência óbvia deste; é escolhida entre as várias formas de atingir este propósito, fundamentando-se, em boa medida, em considerações de justiça e estratégia.

2.3.3.2 Análise crítica

Também a proposta do autor merece aperfeiçoamentos. Em diversas passagens, os processos estruturais são associados a uma atuação judicial perante instituições, organizações e burocracias estatais, chegando a constar expressamente tal restrição em conceitos¹¹¹ e características.

¹¹¹ Por exemplo onde se lê: “Structural reform - the subject of this essay - is one type of adjudication, distinguished by the constitutional character of the public values, and even more importantly, by the fact that it involves an encounter between the judiciary and the state bureaucracies”. (“A reforma estrutural - objeto deste ensaio - é um tipo de adjudicação, que se distingue pelo caráter constitucional dos valores públicos e, ainda mais importante, pelo fato de envolver um encontro entre o judiciário e as burocracias estatais”, tradução livre). FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n.1, 1979. p.2.

Em contrapartida, primeiramente o próprio autor, em nota de rodapé¹¹², e, posteriormente, a doutrina de modo geral¹¹³, reconhece a possibilidade de utilização de processo estruturais em casos que envolvem instituições privadas.

Como primeira conclusão crítica, temos que o conceito de Owen Fiss para *structural reform* não inclui todos os processos estruturais, não convindo a todo o definido, devendo lhe ser acrescentado processos movidos também para atuar sobre instituições privadas.

Ademais, acerca da estrutura de partes (b), as características indicadas por Fiss também parecem, ora restringir o conteúdo do conceito, ora expandi-lo para além dos limites adequados¹¹⁴. Do texto, a análise dos polos da demanda (em que necessariamente o autor é um grupo, sempre vítima e uma parte ré, na qual se encontra a pessoa que deve cumprir determinada medida) não parece condizente com o exposto em outras concepções que lhe foram contemporâneas, como a do próprio Chayes¹¹⁵, tampouco com o atual momento do desenvolvimento da ciência processual¹¹⁶: o conceito pode incluir processos coletivos não

¹¹² Da nota de rodapé nº 92 se lê: “This model of adjudication has a relevance even beyond the state bureaucracy; it may be used to safeguard public values from the threats posed by the so-called private bureaucracies, such as the corporation or union”. (Esse modelo de adjudicação tem relevância mesmo além da burocracia estatal; pode ser usado para proteger os valores públicos das ameaças colocadas pelas chamadas burocracias privadas, como a corporação ou sindicato, tradução livre). FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n.1, 1979. p.2.

¹¹³ Veja-se por exemplo: ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410. p. 389. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 354-368, p. 356. OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, Nem “Nada” - Decisões Estruturais e efeitos jurídicos complexos, In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202, p. 189. FERRARO, Marcela Pereira. Litígios Estruturais: Algumas Implicações da Publicidade e do Processo. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 541; VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Vol. 7 ano 4. P. 147-177. São Paulo: Ed. RT, jan-jun. 2018. p. 159. BATISTA, Felipe Vieira. *A Recuperação Judicial como Processo Coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.p. 120.

¹¹⁴ Excluída da crítica a parte final do que denominamos “b2” ao afirmar que “o autor do ato ilícito, praticamente desaparece, eis que o foco do processo não é o ato ilícito cometido, mas a dinâmica da burocracia estatal que o produziu”. Referido trecho não é alcançado pela ressalva indicada sendo pertinente ao menos como característica de espécie (não do gênero) de processo estrutural. Acerca da restrição a uma espécie, veja a terceira crítica abaixo.

¹¹⁵ Conforme exposto, Abram Chayes inclui como característica do *public law litigation* uma estrutura de partes que não é rigidamente bilateral, mas expansiva e sem forma predeterminada, e cujo conflito não é resolvido na base do vencedor leva tudo, sendo possível proteger ao menos parcialmente o interesse de ambas as partes e talvez de ainda outros interessados. CHAYES, Abram. The Role of the Judge In Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316. p. 1284, 1289-1292. Em escritos posteriores Owen Fiss parece aperfeiçoar sua ideia aproximando-a do entendimento de Abram Chayes, nesse sentido, FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 583-607, p. 602.

¹¹⁶ Antonio do Passo Cabral sustenta (citando espécies de processos potencialmente estruturais como os procedimentos concursais e algumas ações coletivas) a possibilidade de interesses simultaneamente contrapostos e comuns no mesmo polo, CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a

necessariamente estruturais¹¹⁷ e pode excluir alguns processos indiscutivelmente estruturais.

Nos processos estruturais, não é sempre o autor será uma vítima¹¹⁸ e não é sempre um grupo¹¹⁹, e, via de regra, são marcados por uma despolarização do processo¹²⁰ (ou a presença de multipolaridade¹²¹), podendo ter a presença de interesses simultaneamente comuns e contrapostos bem como soluções cooperativas¹²².

Assim, como segunda conclusão crítica, temos que as características da estrutura de partes indicadas por Owen Fiss para a *structural reform* devem ser vistas com as ressalvas devidas, por não incluir os processos estruturais em que a demanda é despolarizada, possui estrutura multipolar ou é proposta por quem não é vítima, podendo, ainda, acabar incluindo processos não estruturais, muito embora enquadrados como coletivos.

Ademais, é possível questionar a limitação em falar de processo estrutural apenas quando se tratar de enfrentar uma organização ou instituição (seja pública ou privada), ou se

migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, Vol. 404, ano 105, p. 4-42. p. 17-18.

¹¹⁷ Conforme anota a doutrina é possível falar em tutela coletiva tramitando em uma estrutura processual não estrutural. Veja-se nesse sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448; FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410. GRINOVER, Ada Pellegrini. Apresentação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 3. A autora entende existirem dois tipos de processos coletivos os genéricos e os estruturais.

¹¹⁸ O exemplo mais claro é um processo de recuperação judicial, em que o autor, via de regra não pode ser considerado uma vítima. Citando o processo de recuperação judicial como um exemplo de processo estrutural. BATISTA, Felipe Vieira. *A Recuperação Judicial como Processo Coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.p. 120. Mesmo todos os clássicos exemplos envolvendo segregação racial ou sistema prisional não parecem indicar um impedimento ontológico de que a demanda seja proposta por quem não se enquadraria no conceito de vítima; nesse sentido não parece haver qualquer impedimento em que a Secretaria de Educação de Topeka apresentasse o caso *Brown* e propusesse a reforma estrutural. Isso inclusive é legislativamente previsto no Brasil, que permite até mesmo a migração entre os polos da demanda durante a tramitação processual, vide por exemplo, a Lei da Ação Popular, Lei n. 4.717/1965, que em seu artigo 6º, §3º prevê: “A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”.

¹¹⁹ O que se afirmou na nota anterior também aqui se aplica: são exemplos de casos em que a demanda não é proposta por um grupo.

¹²⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, Vol. 404, ano 105, p. 4-42.

¹²¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448.

¹²² BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto. *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (Derecho y Política) (Spanish Edition). Siglo XXI Editores Argentina. Edição do Kindle.

essa característica também restringiria o conteúdo a definir para além do adequado.

Em que pese tratar-se de posicionamento tradicional acerca do tema e ainda seguido por parte da doutrina¹²³, é necessário registrar: há processos com as demais características indicadas por Owen Fiss, exceto a atuação sobre uma instituição ou organização.

Cite-se, por exemplo, a Ação Civil Pública nº 93.8000533-4 da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Criciúma/SC - ACP do Carvão. Trata-se de processo que busca a recuperação ambiental de áreas degradadas, cuja execução tem ocorrido mediante a elaboração de vários acordos, em razão dos quais, conforme anota Sérgio Arenhart¹²⁴, “73% das áreas terrestres atingidas passaram a contar com um cronograma de atividades para recuperação ambiental, a ser executado até o ano de 2020.”

Referida Ação Civil Pública possui todas as características indicadas por Owen Fiss para os processos estruturais, exceto seu direcionamento contra uma burocracia estatal. Não sendo possível enquadrá-la no modelo de resolução de controvérsias, para garantir a coerência com as premissas fixadas na elaboração de conceitos, ou bem se cria um outro gênero de processo ou bem se acrescenta conteúdo ao conceito “processo estrutural”, sendo esta uma opção mais adequada com base nos exemplos de parte relevante da doutrina¹²⁵, que ainda indica outros casos semelhantes envolvendo, por exemplo, o direito ambiental.

Assim, e como terceira conclusão crítica, a característica de necessariamente envolver a burocracia de uma organização ou instituição (seja pública ou privada) implica não incluir todos os processos estruturais, não convindo a todo o definido, devendo lhe serem acrescentados os processos que não envolvem burocracias (estatais ou não) mas outras situações de fato.

¹²³ É o entendimento por exemplo de Edilson Vitorelli. VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Vol. 7 ano 4. P. 147-177. São Paulo: Ed. RT, jan-jun. 2018. p. 159.

¹²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 475-492.

¹²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solución de Conflictos de Interés Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 475-492. VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solución de Conflictos de Interés Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 475-492. PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N.º 2. Noviembre de 2014. APPEL, Peter A. Intervention in Public Law Litigation: The Environmental Paradigm. *Washington University Law Review*, v. 78, 2000 p. 215-311.

Considerando a semelhança das características entre os modelos de Abram Chayes e Owen Fiss¹²⁶, as mesmas ressalvas sobre a atuação mais ou menos ativa do juiz e das partes podem lhe ser dirigidas¹²⁷.

2.3.4 Policentria

2.3.4.1 Conteúdo

Também apresentado por diversos autores¹²⁸ como critério de conceituação ou de característica dos processos estruturais, a policentria será aqui estudada, especialmente, com base em obra de Lon L. Fuller¹²⁹⁻¹³⁰, a qual, diferentemente das duas propostas anteriores, não se debruça especificamente sobre os casos comumente relacionados com os processos estruturais¹³¹. Isso ocorre porque, conforme nota do editor em introdução ao artigo, em que pese

¹²⁶ A semelhança entre os modelos é identificada pelo próprio Fiss. FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n.1, 1979. p.1-58, p. 35.

¹²⁷ Item 2.3.2.2.

¹²⁸ PUGA, Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013, p. 84-91. FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 9; GISMONDI, Rodrigo. *Processo Civil de Interesse Público & Medidas Estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 67; VERBIC, Franciso. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina: Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodim, 2017. p. 63-84, p. 69; VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2018, ano 43, v. 284, p. 333-369; NUNES, Leonardo Silva. COTA, Samuel Paiva. FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos Litígios aos Processos Estruturais: Pressupostos e Fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. (Orgs.). *Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 365-383, p. 368; PICOLI, Bruno de Lima. *Processo Estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018, p. 61

¹²⁹ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 , 1978, p. 353-409.

¹³⁰ O autor trabalha com a expressão *adjudication* (cuja tradução literal seria a palavra adjudicação) para se referir a atuação dos juízes. Em nossa tradição jurídica a expressão que mais bem traduz o termo é, a nosso sentir, tutela jurisdiccional. Saliente-se que o autor utiliza a palavra em acepção mais ampla. Conforme o próprio autor salienta, ele pretende esteja incluído em sua discussão tanto um pai tentando assumir o papel de juiz em uma disputa entre seus filhos pela posse de um brinquedo, quanto um Senado no impeachment de um Presidente. FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2, 1978, p. 353-409, p. 354.

¹³¹ Uma observação que deve ser feita é que a característica cuja aptidão para conceituar os processos estruturais é aqui investigada, é defendida quase que em oposição ao que sustentou o autor do artigo. Explique-se melhor. Fuller, ao tratar dos limites da jurisdição, entendeu que o aqui é indicado como problemas policênicos, são inadequados para solução por meio da jurisdição. O que é defendido na doutrina que considera a policentria como

publicado em 1978, fora escrito entre 1957 e 1961, período em que, salienta Owen Fiss¹³² (escrevendo especificamente sobre texto em análise), não havia ocorrido o auge dos processos estruturais.

Fuller, ao tratar dos limites da jurisdição, a considera como uma forma de ordenação social, modo pelo qual as relações entre os homens são governadas e reguladas¹³³⁻¹³⁴. A jurisdição é situada ao lado de duas outras formas de ordenação: a organização por objetivos comuns, que tem a eleição como formalização mais familiar; e a organização por reciprocidade, que tem o contrato como sua expressão formal mais explicita¹³⁵.

O autor distingue as três formas de ordenação social pelo modo como a parte afetada participa da decisão. No contrato, a parte afetada participa da decisão por meio de uma negociação; na eleição, a participação ocorre por meio do voto; na jurisdição, a participação se dá por meio da apresentação de provas e argumentos¹³⁶⁻¹³⁷.

Com base em tais premissas, Fuller estuda os limites da jurisdição. Assim, estarão extrapolados os limites da jurisdição sempre que a participação da parte afetada não puder ocorrer por meio da apresentação de provas e argumentos.

É neste cenário que o autor estuda a dificuldade de atuação da jurisdição sobre os problemas policênicos, os quais, apesar de não serem objeto de um conceito analítico, têm a compreensão permitida por meio de exemplos e alegorias.

Como primeiro exemplo, o autor trata de um caso no qual uma rica senhora falece e deixa uma valiosa, mas um tanto diversa, coleção de pinturas para dois museus em partes iguais,

característica ou elemento definitório dos processos estruturais é que problemas policênicos são adequados para solução por meio da jurisdição via processos estruturais.

¹³² FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n.1, 1979. p.1-58, p. 39.

¹³³ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 , 1978, p. 353-409, p. 357.

¹³⁴ Em outro trecho o autor define como três maneiras de chegar a decisões, de resolver disputas, de definir as relações entre os homens. FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 , 1978, p. 353-409, p. 363.

¹³⁵ O autor salienta que tais formas de ordenação se apresentam ao longo de uma escala variável, mas apresenta o contrato e a eleição com os modos mais claros de sua explicitação. FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 , 1978, p. 353-409, p. 363.

¹³⁶ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 , 1978, p. 353-409, p. 363.

¹³⁷ É tentador refletir que o processo estrutural extrapola comumente participação por meio de provas e argumentos. O processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências, por exemplo, consta expressamente uma participação por meio de votos (art. 42 da Lei n. 11.101/2005) e a possibilidade de negociação (art.161 da Lei n. 11.101/2005).

contudo sem deixar nenhuma divisão em particular. Conforme acentua o autor, a natureza policêntrica deste caso se revela no fato de que a disposição de qualquer pintura única tem implicações para a disposição adequada de todas as outras pinturas¹³⁸, uma vez que é distinto o interesse na exposição de peças avulsas frente a exposição com diversas peças relacionadas a determinado pintor, movimento ou período.

Um outro exemplo seria a fixação dos salários e preços pelos tribunais em determinado regime socialista. Trata-se de caso em que se exige sejam levadas em conta as repercussões complexas que podem resultar em cada mudança a promover. O aumento em determinado preço pode afetar em vários graus uma demanda, que, por sua vez, poderá ter outros efeitos complexos em diversas áreas da economia¹³⁹, estes, por sua vez implicarão outros efeitos subsequentes.

Para o autor, no primeiro caso, não haveria nenhuma questão clara para qual as partes poderiam direcionar suas provas e argumentos. No segundo caso, de outro modo, seria simplesmente impossível conceder a cada parte afetada participação por meio de provas e argumentos; e não se trata apenas do número de partes afetadas, mas sim de que cada repercussão implicaria a necessidade de redefinição das partes afetadas¹⁴⁰.

Por meio de uma alegoria, a ideia de problema policêntrico é apresentada pelo autor como uma da teia de aranha. Numa teia, caso seja puxado um dos fios, serão redistribuídas as tensões por toda a teia em um padrão complexo¹⁴¹, cada fio é um centro distinto de distribuição de tensões. Como base em referida alegoria e como um arremate analítico, para os limites deste trabalho¹⁴², pode-se concluir que um problema é policêntrico porque é formado por diversos centros distintos de interesse¹⁴³, sendo cada um deles relacionado a todos os outros e a solução

¹³⁸ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 , 1978, p. 353-409, p. 394.

¹³⁹ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 , 1978, p. 353-409, p. 394.

¹⁴⁰ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 , 1978, p. 353-409, p. 395.

¹⁴¹ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 , 1978, p. 353-409, p. 395.

¹⁴² Para outras análises sobre a policentria, tratando inclusive de uma divisão entre policentria legal e policentria não-legal, FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697, p. 645-649; no direito brasileiro, inclusive fundamentando em tipologia de litígio coletivo no qual inclui os processos estruturais, veja-se: VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 562-567.

¹⁴³ É interessante observar que, por esse arremate, é possível defender a existência de diversos centros de interesse, que, todavia, não necessariamente implica em um processo com múltiplos polos. O exemplo de Fuller no qual uma rica senhora falece e deixa sua coleção de pinturas para dois museus em partes iguais retrata bem a ressalva, há diversos centros de interesse (cada uma das pinturas), os quais, todavia, são controvertidos por apenas duas partes.

de um depende da solução de todos¹⁴⁴.

2.3.4.2 Análise crítica

Ante a consideração de Lon L. Fuller, no sentido de não ser os problemas policênicos adequados à solução pela jurisdição¹⁴⁵, é preciso dizer que a análise crítica não se volta contra sua compreensão. Coerentemente com o proposto, deve-se analisar a condição da policentria em apresentar-se como elemento decisivo para a conceituação do processo estrutural.

Há na doutrina quem não distinga entre processo estrutural e processo policêntrico¹⁴⁸¹⁴⁹. Ocorre que uma análise dos exemplos citados por Fuller não indica semelhança significativa destes com os casos reconhecidos pela doutrina como estruturais, não estando presentes as características indicadas por Abram Chayes¹⁵¹ e Owen Fiss¹⁵². Deste modo, ao menos parece ser possível a existência de processos policênicos que não são estruturais.

O caso da rica senhora e sua herança seria o exemplo mais evidente¹⁵³. É caso que possui estrutura de partes bilateral, não há reivindicação sobre políticas públicas, a decisão

¹⁴⁴ Em sentido semelhante, FLETCHER, William. *The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy*. *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697, p. 645.

¹⁴⁵ Vide item 2.3.4.1.

¹⁴⁸ PUGA, Mariela. *Litigio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013, p. 26

¹⁴⁹ Uma outra compreensão que parece equivocada na doutrina é o entendimento de ser a policentria um fenômeno oposto à lógica bipolar (fenômeno descrito por Chayes como uma das características do modelo tradicional de processo, CHAYES, Abram. *The Role of the Judge In Public Law Litigation*. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316, p. 1282-1283). Entende haver certo equívoco na compreensão, eis que, a lógica bipolar se relaciona com o aspecto subjetivo do processo, as partes enquanto polos da demanda, por outro lado, o aspecto policêntrico relaciona-se com o objeto da discussão, o qual até pode implicar em uma multipolaridade, mas não necessariamente. O primeiro exemplo indicado por Fuller, permite clareza no que se afirma. A herança de uma senhora pode, ao ser discutida por dois museus, possuir estrutura bipolar, ainda que policêntrica. Há duas partes controvértendo sobre diversas obras de arte, em que a disposição de cada uma destas pode impactar na disposição de outras. Bipolaridade e policentria não são fenômenos abstratamente opostos, inclusive porque relacionados a objetos distintos, lá partes (sujeitos) e aqui objeto (centro de interesse). Opondo policentria e bipolaridade, por exemplo, PUGA, Mariela. *El litigio estructural. Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N.º 2. Noviembre de 2014, p. 41-82, p. 49-53. PUGA, Mariela. *Litigio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013, p. 84-91. FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 9; GISMONDI, Rodrigo. *Processo Civil de Interesse Público & Medidas Estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 67.

¹⁵¹ Vide item 2.3.2.1.

¹⁵² Vide item 2.3.3.1.

¹⁵³ FULLER, Lon L. *The Forms and Limits of Adjudication*. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2, 1978, p. 353-409, p. 394.

judicial conclui a ingerência sobre o caso, não é necessária uma execução contínua no tempo, não se verifica que o foco seja uma condição de vida social ou o papel de organizações, o juiz não ocupa um papel mais ativo e não precisa assumir a responsabilidade afirmativa de assegurar uma representação adequada. Enfim, muitas das características indicadas por Chayes e Fiss não podem ser sustentadas por um dos exemplos que Fuller utiliza para explicar a policentria.

Assim, e descumprindo uma das premissas para elaboração de conceitos, a primeira conclusão crítica possível é a existência de processos com problemas policênicos mas não compreendidos pela doutrina como processos estruturais e, nesse sentido, a definição está convindo a mais que o definido, extrapolando-o.

Acerca da possibilidade de todo processo estrutural envolver um problema policêntrico duas observações prévias são necessárias.

Inicialmente, deve-se salientar que, para Fuller, a policentria está presente em quase todos os problemas submetidos ao judiciário, não sendo questão de estar presente ou ausente, mas de grau, de significância e predominância¹⁵⁴, tal fato isoladamente já reduz em importância o critério em análise em seu aspecto definidor de um processo estrutural.

Ao lado da ideia de gradualidade da policentria, deve-se mencionar a distinção feita por William Fletcher¹⁵⁵ entre policentria jurídica e não jurídica. Há aquela, quando existem vários “centros” juridicamente protegidos¹⁵⁶, cada um com interesses que devem ser protegidos pelo juiz e, esta, quando há interesses concorrentes e conexos que não são juridicamente protegidos. Segundo Fletcher, em caso de conflito entre um centro juridicamente protegido e outro que não goze de igual proteção a disputa torna-se não-policêntrica¹⁵⁷. O autor dá um exemplo que aqui será desenvolvido.

Suponha-se um sistema prisional no qual os detentos possuam alimentação que apenas garanta a sobrevivência, tratamento médico quase inexistente, entre outras condições cruéis e

¹⁵⁴ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2, 1978, p. 353-409, p. 397-398.

¹⁵⁵ FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697, p. 645-649

¹⁵⁶ O autor cita, como exemplo de policentria jurídica, uma ação na qual uma variedade de reclamantes reivindica direitos previstos em lei de compartilhar recursos hídricos limitados e, como exemplo de policentria não jurídica, uma disputa sobre a alocação de escassos recursos de ensino em um sistema escolar quando nenhuma reivindicação de direito positivo está envolvida. FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697, p. 646.

¹⁵⁷ FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697, p. 646.

degradantes, e, no caso concreto, se verifica que a causa de todos os problemas é a conivência da diretoria e algumas autoridades com o desvio, para fins pessoais, de recursos que seriam empregados no tratamento digno dos presos.

Seja com base em Fuller, que aqui veria a clara possibilidade de apresentação de provas e argumentos, seja com base em Fletcher¹⁵⁸, que não visualizaria conflitos com igual proteção, ante a existência de apenas um centro de interesses juridicamente protegido, não parece existir no caso policentria relevante. Em contrapartida, é caso semelhante a muitos enquadrados como processos estruturais, exigindo uma intervenção no presídio para transição e substituição da diretoria, contratação de novos profissionais, incluindo médicos, modificação no contrato de alimentação entre outras medidas necessárias, todas utilizando os recursos que estavam sendo desviados pelos diretores e autoridades do presídio.

Deste modo, e como segunda conclusão crítica, é possível salientar a existência de processos estruturais com vários graus de policentria, alguns de tão mínima relevância (se não mesmo inexistência) que não a justificam como elemento para a conceituação do processo estrutural¹⁵⁹.

Considerando as conclusões e ressalvas indicadas, também não se apresenta adequada a policentria como elemento definidor dos processos estruturais. Ressalte-se, todavia, ser possível defender a tendência (ou potencial) de que processos estruturais, de fato, tenham elevado grau de policentria, sobretudo quando desta decorrer outro fenômeno: a multipolaridade. O assunto será desenvolvido mais à frente¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Para o Fletcher tratar-se-ia de uma disputa policêntrica se o juiz elaborasse um remédio para as condições prisionais inconstitucionais. FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697, p. 646. Mas mesmo na fase de implementação da decisão é possível falar em casos em que existirá um centro legalmente protegido no qual o juiz apenas irá aplicar a legislação, que, por exemplo pode prever as condições necessárias com detalhes, as quais apenas exigiram um tempo de transição. O processo permanecerá estrutural, mas não policêntrico.

¹⁵⁹ A comparação pode ser visualizada entre os casos *Holt v. Sarver* (300 F. Supp. 825-1969) e *Holt III* (363 F. Supp. 194-1973) já referidos. No primeiro, o interesse em discussão possuía um centro de interesses legalmente protegido, eis que havia flagrantemente normas que impunham tratamento digno aos presos, muito distinto de muito do que ocorria, e não havia qualquer norma que pudesse conflitar com ela, não havendo razão para cogitar a policentria. Em Holt III, nas palavras de Jordão Violin, passou-se a um ajuste fino em que até o tipo de óleo usado na comida foi objeto de consideração. Aqui se verifica a presença da policentria não legal que implicou o que o autor denomina paradoxo da conformidade: “quanto mais próximo da conformidade aos valores constitucionais estava o sistema prisional, mais complexa se tornava a atividade jurisdicional”. VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303-352. p. 326. Essa comparação seria no linguajar de Fuller, entre um problema policêntrico em grau mínimo (ou até mesmo não policêntrico, por permitir solução com base em provas e argumentos) e um policêntrico relevante. FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2, 1978, p. 353-409, p. 398. Mas, inquestionavelmente ambos os casos são reconhecidos em doutrina como processos estruturais na concepção que aqui se estuda.

¹⁶⁰ Itens 3.2.2.2, 3.3.4, 4.1.3 e 4.2.3.

2.3.5 Causalidade estrutural e espécie normativa resultante do processo

2.3.5.1 Conteúdo

2.3.5.1.1 Causalidade estrutural

Em que pese os avanços proporcionados pelas doutrinas clássicas já citadas, dois textos contemporâneos, analisados conjuntamente, parecem indicar caminhos para os aperfeiçoamentos necessários à identificação e à compreensão do funcionamento dos processos estruturais. Assim são apresentadas a seguir parte das ideias desenvolvidas por Mariela Puga¹⁶¹ e parte das ideias propostas por Freddie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁶², semelhantes às de Sérgio Arenhart, que as enunciou de modo menos específico¹⁶³.

Puga, apresenta como contribuição indicar uma distinção na racionalidade do processo estrutural; Didier Jr., Zaneti Jr., Oliveira e Arenhart sugerem um importante ponto de partida para a análise da produção normativa dos processos estruturais. A soma de tais ideias parece ser um caminho para a justificação das características indicadas, para o aperfeiçoamento de sua identificação e para compreensão do funcionamento dos processos estruturais.

Para Mariela Puga¹⁶⁴, os processos estruturais são marcados por uma forma de nexo causal que privilegia o modo com certos fatos são fonte de violação de direitos, guiado não por objetivos sancionatórios, mas por objetivos de identificação e correção da violação¹⁶⁵. E não é só: para a autora, os fatos e as relações que compõem referida causalidade podem ser

¹⁶¹ PUGA. Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013.

¹⁶² DIDIER JR., Freddie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 354-368.

¹⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410. p. 400.

¹⁶⁴ PUGA. Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013.

¹⁶⁵ PUGA. Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013. p. 29-31.

“escolhidos”¹⁶⁶ entre diversas formas de relatar o conflito, opção que permitirá caracterizar o litígio como estrutural ou não.

Um exemplo indicado pela autora pode auxiliar a compreensão. No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*,¹⁶⁷ a corte inclui no relato causal o fato de que a segregação nas escolas prejudicava a autoestima das crianças negras, gerando nelas um sentimento de inferioridade, implicando dano psicológico, que foi ligado casualmente à segregação¹⁶⁸.

Mas não seria esse o único relato causal possível. A autora exemplifica indicando que a corte poderia ter escolhido outros relatos, mais amplos ou mais restritos. Um relato causal mais amplo seria que o dano ou sentimento de inferioridade causado pelas regras segregacionistas alcançava todas as pessoas afrodescendentes, não apenas as crianças negras.

Sob outra perspectiva, um relato causal mais restrito poderia ligar o dano psicológico sofrido pelas crianças negras não às regras segregacionistas (“separados” da regra separados mas iguais) mas sim às condições materiais inferiores que se encontravam as escolas (“iguais” da regra separados mas iguais), o que excluiria do âmbito da ação todas as escolas segregadas com condições materiais similares¹⁶⁹, e permitiria a solução do caso com a mera eliminação das desigualdades verificadas, quando fosse o caso.

Assim, para a autora, os fatos do processo são tomados em uma relação causal

¹⁶⁶ A autora compara a atividade do juiz com a atividade de um arquiteto e um engenheiro em projetar e construir o relato causal. Nas palavras da autora “1) la labor del arquitecto, capaz de componer diferentes modelos de obra con los mismos ladrillos, y 2) la labor del ingeniero de materiales, capaz de proyectar la estructura de cada ladrillo para conseguir un conjunto predeterminado de propiedades. La litis, en cuanto composición de un relato del conflicto, no es una mera acumulación de hechos jurídicamente validados (probados y calificados legalmente). Ella exige una impronta similar a la del arquitecto, y a la del ingeniero de materiales, para que la *questio facti* denote un sentido particular, imprescindible para justificar la intervención judicial. Me refiero con esto al sentido del conflicto. Los jueces seleccionan, ordenan, nominan (es decir, evalúan previamente) los hechos probados, y componen relatos con sentido a partir de ellos. Lo que instauran es un particular discernimiento del conflicto, creado a instancias de una creativa composición del relato de causalidades.” Em tradução livre: 1) o trabalho do arquiteto, capaz de compor diferentes modelos de obra com os mesmos tijolos, e 2) o trabalho do engenheiro de materiais, capaz de projetar a estrutura de cada tijolo para alcançar um conjunto predeterminado de propriedades. O contencioso, como uma composição de uma história do conflito, não é um mero acúmulo de fatos legalmente validados (testados e qualificados legalmente). Ela exige uma impressão semelhante à do arquiteto, e do engenheiro de materiais, para que a *questio facti* denote um sentido particular, essencial para justificar a intervenção judicial. Eu me refiro ao sentido de conflito com isso. Os juízes selecionam, ordenam, nomeiam (isto é, avaliam previamente) os fatos provados e compõem histórias com o significado deles. O que eles estabelecem é um discernimento particular do conflito, criado a partir de uma composição criativa da narrativa da causalidade. (PUGA. Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Faculdade de Derecho de La Universidad de Buenos Aires, 2013, p. 106-107).

¹⁶⁷ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁶⁸ PUGA. Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Faculdade de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013. p. 85-86.

¹⁶⁹ PUGA. Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Faculdade de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013. p. 91-99.

duplamente diferenciada. Em um plano, são considerados não com objetivos sancionatórios, mas com objetivo de buscar a correção de uma violação, e, sob outra perspectiva, podem ser construídos ou projetados em juízo numa visão mais ou menos ampla com implicações correspondentes à amplitude da violação a ser corrigida. Tal relação causal é, na visão na autora, uma marca dos processos estruturais.

2.3.5.1.2 Natureza principiológica de uma das espécies normativas resultantes do processo

Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁷⁰, em que pese encamparem o conceito de processo estrutural vinculado cumulativamente aos paradigmas anteriormente analisados¹⁷¹, ao tratar do conteúdo da decisão estrutural apresentam uma interessante conclusão.

Para o que Sergio Arenhart¹⁷² denomina “provimentos em cascata” em que a uma decisão “quase principiológica” se seguem outras decisões para implementação da “decisão-núcleo”, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁷³ indicam uma decisão de conteúdo complexo, fonte de uma norma jurídica de conteúdo aberto que indica um resultado, uma meta, um objetivo, motivo pelo qual possui nessa parte a estrutura deôntica de uma norma-princípio. É também uma decisão a estruturar o modo como se deve alcançar o resultado prescrevendo condutas a serem observadas ou evitadas, parte em que assume a estrutura deôntica de uma norma-regra¹⁷⁴.

¹⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 353-367.

¹⁷¹ Para os autores que a decisão estrutural, esta seria a que “busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar determinada política pública ou resolver litígios complexos”. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 354-368, p. 355.

¹⁷² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410. p. 400.

¹⁷³ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 353-367.

¹⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 354-368, p. 356.

Considerando o conceito de processo como ato complexo, no qual o ato final caracteriza ou define sua natureza e lhe dá denominação¹⁷⁵, é possível importar o conteúdo da decisão para o conteúdo do próprio processo, permitindo verificar grande aderência entre o proposto e o que ocorre com os processos estruturais.

Nos processos estruturais, se verifica em um momento inicial do procedimento, uma decisão que indica a necessidade de se alcançar determinado resultado. Nos casos de segregação racial de escolas públicas, o fim da segregação; no caso de tratamento desumano a detentos, a mudança de tratamento; no caso de danos ambientais, um meio ambiente recuperado, entre outros. O momento processual seguinte à definição do resultado que se deve alcançar, é o de se debruçar sobre os comportamentos necessários a se alcançar referido resultado. Não há reparos a serem feitos à compreensão dos autores.

2.3.5.2 Análise crítica

Com base nos mesmos exemplos já referidos, a premissa segundo a qual o conceito de processo estrutural deve englobar todos os processos estruturais parece atendida pelas contribuições contemporâneas indicadas. Verifica-se que todos os processos estruturais exigem um modo de causalidade entre fatos que são fonte de violação de direitos, guiado por objetivos de identificação e correção da violação. Se a causa do sentimento de inferioridade é a segregação, esta é modificada. Se a causa da violação é a precariedade do sistema prisional, este é reestruturado. Se a causa da extinção de espécies, do desequilíbrio ambiental, da dificuldade de subsistência de comunidades tradicionais é a degradação do meio ambiente, este é recuperado. A causalidade não busca sanções ou reparações voltadas a compensar financeiramente as violações ocorridas, mas busca impedir a violação, sua continuidade e seus efeitos ou um resarcimento não genérico, busca uma tutela específica.

Ademais, todo processo estrutural se direciona para um ato (decisão) que expressa uma norma jurídica de conteúdo aberto, indicando um resultado, ou um objetivo (norma-princípio), bem como que estrutura o modo como se deve alcançar o resultado prescrevendo condutas que devem ser observadas ou evitadas (norma-regra). Todos os casos de processos indicados na

¹⁷⁵ DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 80.

introdução como processos estruturais confirmam o que se afirma¹⁷⁶.

Em conclusão, todos os processos estruturais possuem a relação causal diferenciada e a compreensão normativa citadas.

Por outro, a reflexão sobre se tais contribuições servem apenas aos processos estruturais (apenas os processos estruturais possuiriam citada relação causal e normativa) merece uma maior análise.

Acerca da primeira proposta, mesmo uma causalidade que tenha objetivos não sancionatórios, mas de identificação e correção da violação e independentemente da amplitude do litígio que julga, pode não ser estrutural ou possuir baixo grau de estruturalidade. Acerca da segunda proposta doutrinária indicada, mesmo um processo que tenha por fim expressar uma norma jurídica de conteúdo aberto, indicando um resultado, ou um objetivo (norma-princípio), bem como que estrutura o modo como se deve alcançar o resultado, prescrevendo condutas que devem ser observadas ou evitadas (norma-regra), pode não ser estrutural ou possuir baixo grau de estruturalidade¹⁷⁷. Dois exemplos podem ser apresentados.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 186/DF¹⁷⁸ enfrentou o tema da constitucionalidade das ações afirmativas na política de quotas raciais em universidades públicas. O processo buscou um resultado ou objetivo que aqui podemos traduzir como igualdade em sentido material (norma-princípio), e validou um modo de se alcançar esse resultado, o emprego de quotas raciais (norma-regra).

Também é possível falar de um processo com uma causalidade de objetivos não sancionatórios, mas de identificação e correção da violação além de uma grande amplitude do litígio que julga. Todavia, uma característica tradicionalmente¹⁷⁹ sustentada para os processos estruturais parece ausente. Não houve necessidade de uma retenção de jurisdição, com uma etapa executiva a fim de se verificar se o resultado está sendo alcançado, e que, inclusive, permitiria a reavaliação da medida, se fosse o caso. O pleito teve uma solução imediata, em ato

¹⁷⁶ Processos judiciais buscando o fim da segregação racial em escolas públicas primárias, a recuperação de áreas ambientais degradadas, a reforma de sistemas prisionais que atentam contra a integridade de detentos, o direito à educação infantil pelo acesso a vagas em creches, a modificação na atuação de empresas que cometem atos ilícitos, a recuperação judicial de empresas em situação de crise, a melhoria do sistema de saúde pública.

¹⁷⁷ Sobre graus de estruturalidade e raciocínio tipológico em tema de processos estruturais veja o capítulo 4.

¹⁷⁸ ADPF 186, Relator(A): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, Acórdão Eletrônico Dje-205 Divulg 17-10-2014 Public 20-10-2014;

¹⁷⁹ Vide itens 2.3.2.1 e 2.3.3.1 a característica aqui indicada como “d” tanto no *public law litigation* como na *structural reform*.

único.

Como segundo exemplo, temos um julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso Missouri ex rel. Gaines v. Canada¹⁸⁰, caso no qual Lloyd Gaines, negro, foi recusado para a Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Missouri, por ser uma universidade destinada a brancos. O Estado do Missouri possuía uma Universidade para negros, a Lincoln University, mas que não possuía, ainda, o curso de Direito (apesar de ser uma proposta do estado para o futuro como restou alegado nos autos).

No caso, a igualdade poderia ser garantida de três modos, a menos controversa, mas não disponível de modo imediato, seria a implantação de um curso de Direito para estudantes negros no Estado. A segunda, proposta pelo autor, seria ser admitido no curso de Direito da Universidade Estadual do Missouri. A terceira, por fim, foi proposta pelo réu, seria o pagamento do curso de Direito pelo estado em qualquer faculdade de Direito dos estados adjacentes (Kansas, Nebraska, Iowa ou Illinois).

A Suprema Corte, por maioria (7 x 2), entendeu que a Constituição exigia do Missouri, ou o dever de admitir o requerente na Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Missouri ou o dever de admitir o requerente em uma escola de Direito separada para estudantes negros dentro do Estado, não sendo suficiente o pagamento das mensalidades em faculdades de Direito fora do estado, ainda que de qualidade semelhante. Este último modo de se alcançar a igualdade fora voto vencido.

Dos modos propostos, todos buscam um resultado, um objetivo (norma-princípio) o acesso ao ensino superior em Direito dos negros no Estado do Missouri. Todos também, de modos distintos, estruturam o modo como se deve alcançar referido resultado. Em todos há uma causalidade com objetivos não sancionatórios, mas de identificação e correção da violação. Ocorre que apenas o primeiro pareceria guardar semelhança, em certo grau, com os aqui denominados processos estruturais.

Assim, a terceira premissa fixada parece não atendida, eis que as citadas compreensões do processo estrutural permitem que processos não estruturais também sejam englobados em seus conteúdos, parecendo exigir um complemento ao conceito proposto para que apenas os processos estruturais sejam englobados.

Todas as contribuições citadas permitem grande compreensão acerca dos processos

¹⁸⁰ *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337 (1938)

estruturais. Não há dúvidas, suas linhas gerais estão bem estabelecidas. Entende-se, todavia, os conceitos e as características indicadas parecem não possuir precisão suficiente para englobar todos os processos estruturais e apenas eles, justificando a necessidade de aperfeiçoamentos. O caminho para tais aperfeiçoamentos parece ser a compreensão e análise das consequências do modo distinto como se apresentam os fatos no processo estrutural¹⁸¹, o modo distinto como as normas resultantes do processo¹⁸² sobre aqueles incidem e os direitos que daí decorrem.

¹⁸¹ Desenvolvendo a ideia de causalidade estrutural proposta por Mariela Puga, PUGA. Mariela. *Litigio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013.

¹⁸² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410. p. 400. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 353-367.

3 O PROCESSO ESTRUTURAL ENTRE FATOS, NORMAS E DIREITOS

3.1 DOS FATOS NO PROCESSO ESTRUTURAL

3.1.1 Considerações introdutórias: entre causalidade e teleologia. Tentativa de aperfeiçoamento da proposta de Mariela Puga

Um dos posicionamentos doutrinários contemporâneos indicados como ponto de partida para aperfeiçoamentos da compreensão do processo estrutural, em especial no que diz respeito aos fatos, foi a ideia desenvolvida por Mariela Puga¹⁸³ acerca do que denomina causalidade estrutural.

Para a autora, os processos estruturais são marcados por uma forma de nexo causal que privilegia o modo como certos fatos são fonte de violação de direitos, guiado não por objetivos sancionatórios, mas por objetivos de identificação e correção da violação¹⁸⁴.

Pensamos ser possível aperfeiçoar a ideia.

¹⁸³ PUGA, Mariela. *Litigio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013. É importante salientar que, embora seja verificado de forma expressa na obra de Mariela Puga, enquanto elemento definidor dos processos estruturais e relacionando diretamente a um nexo causal entre fato e efeito, a ideia já se encontra implícita nos autores clássicos sendo defendida também por autores contemporâneos, sobretudo na afirmação do caráter prospectivo ou programático do processo. Abram Chayes se refere a uma instrução que não é histórica e adjudicativa, mas prospectiva e legislativa (CHAYES, Abram. The Role of the Judge In Public Law Litigation. *Harvard law review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316., p. 1296). O caráter prospectivo de algumas decisões no mesmo período foi identificado por Doug Redleman. (RENDELMAN, Doug R. Prospective Remedies in Constitutional Adjudication. *West Virginia Law Review*. V. 78. N. 2, 1976. p. 155-170, p. 163.). Para Owen Fiss a medida judicial é considerada em termos instrumentais, considerando a proteção do valor constitucional ameaçado sendo escolhida entre as várias formas de atingir este propósito (FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n.1, 1979. p.1-58, p.50). Na doutrina brasileira, tratando do caráter programático em que o juiz projeta sua decisão para o futuro nos processos estruturais, ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410, p. 404. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do Processo Estrutural. In: JAYME, Fernando Gonzaga. MAIA, Renata C. Vieira. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. FIGUEIREDO, Helena Lanna (Coord). *Inovações e Modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 16. Entre muitos outros que poderiam ser citados, justificando a característica na ideia moderna de Estado Democrático de Direito e de democracia deliberativa, no qual o Estado é muito mais um indutor de condutas desejadas – mediante sanções positivas/premiais – do que um repressor de condutas indesejadas, MARÇAL, Felipe Barreto. *Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018, p. 161.

¹⁸⁴ PUGA, Mariela. *Litigio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013. p. 29-31.

Em verdade, ao relacionar certos fatos que são fonte de violação de direitos a uma causalidade que tenha objetivos de correção da violação, é possível questionar se de fato se está a falar de causalidade ou se não seria o caso de dar lugar a outro raciocínio, frente ao qual a causalidade é tradicionalmente¹⁸⁵ contrastada: a teleologia¹⁸⁶.

Por esta distinção, a causalidade, via de regra, aponta para o passado e verte-se sobre a investigação e descoberta de fatos ocorridos, ao passo que a teleologia aponta para o futuro e verte-se, entre outras possibilidades, sobre a previsão da ocorrência de eventos e resultados (fatos futuros)¹⁸⁷. A relação causal se apresenta como uma relação entre causa e efeito e a relação teleológica se apresenta como uma relação entre meio e fim¹⁸⁸⁻¹⁸⁹.

A causalidade no mundo jurídico é bem retratada na teoria do fato jurídico¹⁹⁰. A norma jurídica é causa do fato jurídico e este o é da eficácia jurídica¹⁹¹. Fala-se então em causalidade jurídica na relação de determinação entre o fato jurídico e sua eficácia, o que exige um olhar para algo já ocorrido. A incidência da norma depende de que, no mundo, os fatos descritos nos suportes fático hipotéticos tornem-se realidades, ocorram (= se concretizem) e, por fim, sejam

¹⁸⁵ Georg H. von Wright afirma que a investigação científica em uma perspectiva ampla pode ser associada, à luz da história intelectual, a duas tradições: uma acerca da causalidade e outra da teleologia. A causalidade se ligaria à tradição galileana e a teleologia à tradição aristotélica. WRIGHT, Georg Henrik von. *Explanation and Understanding*. Cornell University Press. Ithaca, New York, 1971.p. 1-2.

¹⁸⁶ WRIGHT, Georg Henrik von. *Explanation and Understanding*. Cornell University Press. Ithaca, New York, 1971.p. 83.

¹⁸⁷ WRIGHT, Georg Henrik von. *Explanation and Understanding*. Cornell University Press. Ithaca, New York, 1971.p. 83.

¹⁸⁸ Sendo possível também tomar a causalidade em uma acepção mais ampla para entender haver também nela uma relação meio/fim como faz Lourival Vilanova, VILANOVA, Lourival. *Causalidade no Direito*. 4^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 101. Neste caso, seria conveniente diferenciar uma causalidade retrospectiva e uma causalidade (ou determinismo e probabilidade como seria mais adequado) prospectiva. Aquela própria dos processos não estruturais, esta própria dos processos estruturais. Também Georg H. von Wright entende que, em termos gerais, a relação entre meios e fins é causal. WRIGHT, Georg Henrik von. *Rationality: Means and Ends. Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 59. Por outro lado, o autor demonstra a distinção ao afirmar em outro trabalho que, quando queremos explicar o comportamento teleologicamente, começamos, por assim dizer, a partir da conclusão e trabalhamos de volta às premissas. WRIGHT, Georg Henrik von. *Explanation and Understanding*. Cornell University Press. Ithaca, New York, 1971.p. 119.

¹⁸⁹ WRIGHT, Georg Henrik von. *Explanation and Understanding*. Cornell University Press. Ithaca, New York, 1971.p. 100.

¹⁹⁰ Teoria proposta por Pontes de Miranda no Tratado de Direito Privado, sobretudo nos tomos I ao VI. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1983, t. 1 4.ed. p. 06. Referida teoria foi bastante difundida por Marcos Bernardes de Mello. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*: 1º parte. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*: 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*: 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*: 1º parte. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35.

da ciência de alguém ou que seja passível de prova¹⁹²; deste modo, o preceito previamente previsto na norma indica os efeitos atribuídos¹⁹³ ao fato jurídico resultante.

No plano processual esta realidade se reflete, inicialmente, nos elementos objetivos da demanda e prossegue, como objeto do contraditório, da prova, da cognição, e, se for o caso, da execução. Nesse sentido, havendo alguma distinção na causalidade existente entre fatos, normas e efeitos como fator de dissociação entre um processo não estrutural e um processo estrutural, o estudo dos elementos objetivos da demanda pode se constituir em uma importante referência inicial de análise.

3.1.1.1 A causalidade e os elementos objetivos da demanda em um processo não estrutural

Trata-se a demanda de termo com ao menos¹⁹⁴ duas acepções¹⁹⁵: a) ato de ir a juízo pedir ao Estado a prestação da atividade jurisdicional¹⁹⁶⁻¹⁹⁷ (demanda-ato); b) conteúdo dessa postulação (pretensão processual relativa à relação jurídica substancial¹⁹⁸, demanda-conteúdo).

Os elementos da relação jurídica substancial se identificam por seus correspondentes nos elementos da demanda¹⁹⁹ quanto: a) partes; b) pedido; c) causa de pedir. Seus elementos

¹⁹² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*: 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 142-143.

¹⁹³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*: 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 113.

¹⁹⁴ Outras concepções são verificadas em estudo de Milton Paulo de Carvalho, as quais, a nosso sentir, bem se adequam nas que serão desenvolvidas. CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 61-67.

¹⁹⁵ DIDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 288.

¹⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 09.

¹⁹⁷ É nesse sentido que José Roberto dos Santos Bedaque trata do “princípio da demanda, contraposto da inércia da jurisdição”. BEDAQUE, José Roberto Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 13-52, p. 23.

¹⁹⁸ DIDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 288.

¹⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 13-52, p. 28. DIDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 288.

objetivos, o pedido e a causa de pedir, serão objeto da análise a seguir.

A causa de pedir revela o nexo entre o direito material e o processo²⁰⁰, é o elemento da demanda que corresponde à afirmação do fenômeno jurídico substancial²⁰¹. A doutrina, considerando a opção²⁰² do direito brasileiro na matéria, divide a causa de pedir em próxima e remota.

A causa de pedir remota se constitui na afirmação dos fatos qualificados pela incidência normativa de que se origina a pretensão do autor²⁰³. A afirmação do fato jurídico²⁰⁴. A causa de pedir próxima, diferentemente, é a afirmação do direito²⁰⁵, “o efeito jurídico que decorre dos fatos descritos²⁰⁶”. A afirmação da situação jurídica irradiada e sua correspondência entre direito e dever/estado de sujeição²⁰⁷.

Intimamente ligado à causa de pedir está o pedido²⁰⁸, o qual também é composto de dois elementos²⁰⁹: a) o provimento jurisdicional pleiteado (objeto imediato); b) o bem jurídico material que lhe é consequente, o bem da vida (objeto mediato).

O processo investiga e analisa determinados fatos e a eventual incidência normativa sobre estes (causa de pedir remota), o que implica a atribuição aos fatos jurídicos resultantes dos efeitos previstos normativamente (causa de pedir próxima). O processo se presta a

²⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 13-52, p. 30.

²⁰¹ BOMFIM, Daniela. A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico. In: DIDIER, Fredie Jr. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 281

²⁰² Referência a opção da legislação por exigir o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (art. 319, III do CPC), não adotando, por conseguinte, a teoria da individuação, para a qual seria suficiente a afirmação da relação jurídica substancial. Sobre as teorias da individuação e substanciação, inclusive com suas origens histórica no direito comparado, veja, TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 156.

²⁰³ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A “causa petendi” nas ações reivindicatórias. *Revista de Direito Processual Civil*. Ano III, vol. 06. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 185.

²⁰⁴ BOMFIM, Daniela. A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico. In: DIDIER, Fredie Jr. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 283

²⁰⁵ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A “causa petendi” nas ações reivindicatórias. *Revista de Direito Processual Civil*. Ano III, vol. 06. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 185.

²⁰⁶ CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 81.

²⁰⁷ BOMFIM, Daniela. A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico. In: DIDIER, Fredie Jr. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 294

²⁰⁸ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A “causa petendi” nas ações reivindicatórias. *Revista de Direito Processual Civil*. Ano III, vol. 06. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 184.

²⁰⁹ CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 81.

possibilitar que, após referida análise, os efeitos previstos (objeto mediato do processo) recebam uma adequada prestação jurisdicional (objeto imediato), inclusive, quando for o caso, sejam efetivados²¹⁰ no mundo dos fatos.

Dois exemplos podem auxiliar na compreensão.

Em uma ação de alimentos, há uma relação de família na qual alguém precisa de alimentos e alguém pode pagar por eles. Aqui se encontra descrita a causa de pedir remota que produzirá o direito aos alimentos, causa de pedir próxima. O pedido mediato é a concessão dos alimentos devidos, a ser efetivado processualmente por meio de uma prestação jurisdicional condenatória, e, se necessário, mediante uma tutela executiva, estes, pedido imediato.

Em uma ação indenizatória, um dano (em regra culposo) é a causa de pedir remota cuja causa de pedir próxima é o direito a indenização. O pedido mediato é ser indenizado, para o que necessita de uma prestação jurisdicional condenatória, e, se necessário, mediante uma tutela executiva, estes, pedido imediato.

Sequencialmente a estrutura do processo não estrutural se apresenta nos seguintes termos:

Causa de pedir remota (fato jurídico) => causa de pedir próxima (efeito/direito) => processo (certifica a causa de pedir remota e efetiva o efeito indicado pela causa de pedir próxima) => efetividade.

Verifica-se uma relação de causa-efeito que se dá de forma direta entre um fato jurídico ocorrido (passado) e sua consequência jurídica (eficácia), cuja realização pretende seja atendida pela atividade jurisdicional. Conforme se verá a seguir, aqui reside uma importante distinção entre processos estruturais e não estruturais.

3.1.1.2 A teleologia e os elementos objetivos da demanda em um processo estrutural

O processo estrutural não altera substancialmente o fenômeno jurídico da incidência

²¹⁰ Marcos Bernardes de Melo distingue a eficácia jurídica, conjunto de efeitos imputados pela norma, de efetividade do direito (ou eficácia do direito), esta enquanto efetiva realização da norma no meio social, em outras palavras, o tornar realidade as circunstâncias por ela imputadas. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*: 1º parte. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 18-19. Também Lourival Vilanova utiliza a expressão efetivação e palavras correlatas em sentido semelhante, inclusive expressamente se referindo ao fenômeno da exigência coativa perante o órgão estatal no tratamento da relação processual. VILANOVA, Lourival. *Causalidade no Direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 189.

normativa prevista na teoria do fato jurídico. Apenas acrescenta um elemento do mundo dos fatos, que implica necessidade de adicionar um elemento teleológico prospectivo (entre meios e fins) em estrutura que se verificava apenas uma relação causal retrospectiva e direta.

Casos há em que os fatos jurídicos (causa de pedir remota) se constituem em um estado de coisas²¹¹ (estados fáticos²¹²), envolvendo assim uma situação contínua no tempo. Em alguns desses casos, a eficácia jurídica decorrente das violações ou ameaças provocadas por tal estado de coisas (causa de pedir próxima) não permite um pedido mediato passível de ser efetivado²¹⁷, salvo após o alcance de um estado de coisas futuro.

Outro fato passa a ter relevância jurídica para o processo, e não é uma causa de pedir remota (ocorrida), mas um estado de coisas futuro (a ocorrer). Em tais casos, via de regra, não há indicação do tempo, modo, e grau de alcance do estado de coisas futuro, exigindo um processo com uma cognição adequada para estabelecê-los e uma execução adequada para efetivá-los. Tal estado de coisas futuro passa a ser assim o objeto mediato de um processo, o processo estrutural.

Para tais situações, não se presta um processo que trabalha com uma relação causa-efeito, sendo necessária a compreensão de um processo que tome o estado de coisas pretendido como fim e articule os meios para seu alcance²²⁰; dessa forma, tomará indiretamente²²¹ a causa de pedir remota para alterá-la e o efeito dela resultante (causa de pedir próxima) para efetivá-lo.

A sequência seria essa: estado fático que cause ameaça ou violação (causa de pedir

²¹¹ A expressão será desenvolvida a seguir (item 3.1.3). Para o momento é suficiente a definição de Humberto Ávila, segundo a qual um “estado de coisas pode ser definido como uma situação qualificada por determinadas qualidades”, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p.95.

²¹² Um estado fático, na teoria do fato jurídico, envolve um fato com situação de permanência no tempo. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*: 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92.

²¹⁷ Isso é admitido para outras hipóteses por Marcos Bernardes de Mello. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia: 1º parte*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 104-105.

²²⁰ Quando queremos explicar o comportamento teleologicamente, começamos, por assim dizer, a partir da conclusão e trabalhamos de volta às premissas. WRIGHT, Georg Henrik von. *Explanation and Understanding*. Cornell University Press. Ithaca, New York, 1971.p. 119.

²²¹ Diz-se indiretamente porque não será objeto do processo estrutural a causa da violação ou os efeitos que o ordenamento indica em sua decorrência enquanto fato jurídico. Tal ponto será mais bem esclarecido na distinção que se fará à frente (item 3.3.1) entre direito a um estado ideal de coisas e direitos decorrentes do alcance do estado ideal de coisas. Para o momento é suficiente dizer que o objeto do processo estrutural não é certificar a causa (pode até o incluir em fase anterior, mas não é imprescindível para sua definição) mas sim buscar um estado fático futuro em que ela não exista, ou exista de modo distinto. Ademais, o efeito previsto para a causa, enquanto fato jurídico, também não é objeto do processo estrutural, sendo ele, todavia, uma referência para a efetividade do processo, que busca diretamente um estado fático e indiretamente os efeitos que deste resultarão.

remota) => causa de pedir próxima (efeito, o qual não é possível, até o alcance de um estado fático futuro) => processo estrutural (certifica o fim, estado de coisas futuro e o efetiva por meios) => efetividade do efeito que antes não era possível.

O caso *Brown* parece muito adequado como exemplo e facilitará a compreensão do que se sustenta. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu nesse caso que a segregação racial nas escolas públicas era inconstitucional²²², mas o fim da segregação não era visado como algo a ser efetivado imediatamente como se podia esperar. A corte entendeu que não era possível o pretendido²²³, uma vez que, conforme já se afirmou, o próprio direito material exigia uma transição²²⁴⁻²²⁵.

A Corte entendeu que existia um estado de coisas inconstitucional como causador de uma violação e que, na busca pela efetivação do efeito exigido pelo preceito normativo (acabar com a violação), era necessária uma transição²²⁶ para um estado de coisas futuro, com estrutura distinta e que fora indicado como objetivo. A decisão sobre os meios, o tempo necessário e o grau de alcance de referido estado de coisas foi o objeto dos processos estruturais que se formaram na origem, nos quais se poderiam apresentar planos de transição²²⁷ a serem objeto de discussão e adequação. A transição para esse futuro estado de coisas foi o que permitiu a efetivação da decisão e a redução da segregação racial.

Outro exemplo que pode ser citado é o caso da ausência de vagas em creches no Município de São Paulo, discutido nos autos de Ação Civil Pública ajuizada em 2008 (Processo

²²² *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955)

²²³ É possível refletir que a simples admissão de uma ou algumas crianças negras em uma escola majoritariamente composta por alunos brancos, professores brancos, funcionários brancos, poderia implicar uma discriminação ainda maior.

²²⁴ Parece ser a conclusão a que chegou Ronald Dworkin, ao afirmar com base em julgamento do caso pelo juiz fictício Hércules: “Assim, ele [Hércules] deve perguntar-se qual procedimento acarretará a melhor proteção para as crianças negras que buscam uma educação integrada, e pode bem descobrir que a exigência de que a integração seja efetuada da noite para o dia não resultará em proteção alguma”. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.465.

²²⁵ RENDLEMAN, Doug R. *Brown II "All Deliberate Speed" at Fifty: A Golden Anniversary or A Mid-Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy?* *San Diego Law Review*. V.41, 2004, p. 1575-1616., p. 1585-1586.

²²⁶ “During the period of transition, the courts will retain jurisdiction of these cases” Em tradução livre: “Durante o período de transição, os tribunais manterão jurisdição sobre esses casos” *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955). ”

²²⁷ “(k) The courts will also consider the adequacy of any plans the defendants may propose to meet these problems and to effectuate a transition to a racially nondiscriminatory school system”. Em tradução livre: “Os tribunais também considerarão a adequação de quaisquer planos que os réus possam propor para enfrentar esses problemas e para efetuar uma transição para um sistema escolar racialmente não-discriminatório.” P. 349 U. S. 301 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955).

nº 0150735-64.2008.8.26.0002) por diversas entidades do terceiro setor²²⁸, ante o grande quantitativo de crianças não atendidas, cuja lista de espera oficial registrava 181.701 crianças, revelando situação na qual o município atendia apenas 27,2% da população com idade entre zero e 3 (três) anos²²⁹.

Em que pese a evidente violação de direitos causada pela ausência de vagas, o efeito que referida causa exigia não podia ser efetivado imediatamente. Não bastava determinar (ainda que sob pena de multa) que referidas crianças fossem matriculadas. Em verdade, conforme expressamente registrado no acórdão, a concessão de efetividade imediata implicava resultado contrário ao pretendido²³⁰ com superlotação de salas, redução da qualidade do ensino e diversos prejuízos aos alunos, pais, professores e demais envolvidos.

Era necessária a busca de um estado de coisas futuro em que estivessem disponíveis mais vagas, sem descurar dos parâmetros mínimos a elas necessárias²³¹, o que implicava um

²²⁸ Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); e Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jd. Emídio Carlos e Irene, todas integrantes do “MOVIMENTO CRECHE PARATODOS”.

²²⁹ Dados constantes do Acórdão nº 2013.0000792670 da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, p. 31.

²³⁰ Do inteiro teor do acórdão se lê: “Esse estado de coisas implicou a propositura de um sem número de ações, com pedidos de liminares muitas vezes deferidos, visando à matrícula em creche que, acolhidas e não podia ser diferente, desorganizaram por inteiro as filas de espera, fazendo exsurgir situação mais danosa ainda: os beneficiados pelas decisões judiciais não só alteram a composição da fila e, muitas vezes, são incluídos em salas já saturadas de estudantes, com evidente prejuízo para o aprendizado”. TJSP. Acórdão nº 2013.0000792670 da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, julgado em 16/12/2013, p. 36.

²³¹ Fixados pelo acórdão com base na legislação aplicável nos seguintes termos: garantir à criança acesso a processos de apropriação, renovação e articulação de conhecimentos e aprendizagens de diferentes linguagens, assim como o direito à proteção, à saúde, à liberdade, à confiança, ao respeito, à dignidade, à brincadeira, à convivência e à interação com outras crianças, prevendo condições para o trabalho coletivo e para a organização de materiais, espaços e tempos que assegurem: I - a educação em sua integralidade, entendendo o cuidado como algo indissociável ao processo educativo; II a indivisibilidade das dimensões expressivo-motora, afetiva, cognitiva, linguística, ética, estética e sociocultural da criança; III a participação, o diálogo e a escuta cotidiana das famílias, o respeito e a valorização de suas formas de organização; IV - o estabelecimento de uma relação efetiva com a comunidade local e de mecanismos que garantam a gestão democrática e a consideração dos saberes da comunidade; V - o reconhecimento das especificidades étnicas, das singularidades individuais e coletivas das crianças, promovendo interações entre crianças de mesma idade e crianças de diferentes idades; VI - os deslocamentos e os movimentos amplos das crianças nos espaços internos e externos às salas de referência das turmas e à instituição; VII - a acessibilidade de espaços, materiais, objetos, brinquedos e instruções para as crianças com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades/superdotação; VIII - a apropriação pelas crianças das contribuições histórico-culturais dos povos indígenas, afrodescendentes, asiáticos, europeus e de outros países da América; IX - o reconhecimento, a valorização, o respeito e a interação das crianças com as histórias e as culturas africanas, afro-brasileiras, bem como o combate ao racismo e à discriminação; X - a dignidade da criança como pessoa humana e a proteção contra qualquer forma de violência física ou simbólica e negligência no interior da instituição ou praticadas pela família, prevendo os encaminhamentos de violações para instâncias competentes. Acórdão nº 2013.0000792670 da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, julgado em 16/12/2013, p. 40-41.

período de transição, em que se deveriam definir exatamente os meios, o tempo necessário e o grau de alcance do estado de coisas, tudo sendo realizado processualmente, inclusive com resultados submetidos à apreciação do Poder Judiciário, que se não cumpridos implicariam reavaliação do estado de coisas atual com redefinição dos meios proporcionais para o alcance do estado de coisas ideal²³².

O resultado foi a criação de 106.743, das 150.000 previstas no período de 2013-2016²³³ e, ante o parcial cumprimento da decisão, em 2017 fora processualmente reestabelecida uma meta quantitativa para a criação de vagas sendo firmado o compromisso de criação de 85.500 vagas até 2020²³⁴ e, progressivamente, vem sendo verificada, indiretamente, a efetivação dos efeitos exigidos pelo preceito da norma que garante a educação infantil.

Assim, e concordando com a afirmação de Marco Jobim segundo a qual “a base do questionamento que circunda uma teoria do litígio estrutural seria a de como efetivar decisões judiciais que aparentam impossibilidade de concretização²³⁵”, a compreensão marca desta dissertação é a existência de direitos marcado por uma “impossibilidade de concretização” em um determinado estado de coisa atual.

Nesses casos, o processo estrutural se apresentará assim com dupla função: a) tomará como fim (objetivo) um novo estado de coisas em que tais direitos possam ser concretizados; b) deverá definir e efetivar os meios proporcionais ao alcance daquele estado de coisas, no tempo, modo e grau a serem processualmente estabelecidos.

²³² O caso concreto contou com a realização de audiências públicas, para manifestação das partes, de especialistas em educação, especialmente a infantil, e também representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública, no qual fora apresentado plano pelo executivo propondo a criação de 150.000 vagas no período de 2013-2016, sendo ao final acolhido e passando a integrar o dispositivo do acórdão. Restaram previstos ainda a obrigação de apresentação de relatórios por parte do município e o monitoramento por parte de um comitê de assessoramento vinculado à Coordenadoria da Infância e Juventude o qual deveria bimestralmente fornecer ao juízo informações sobre o cumprimento do julgado, bem como poderia articular-se com a sociedade civil, outros órgão do tribunal, Defensoria Pública e Ministério Público para definição das melhores formas de acompanhamento da execução da decisão, seja no tocante a criação de novas vagas, seja no que diz respeito à qualidade. Como resultado, das 150.000 vagas previstas, foram criadas 106.743. Diante do não cumprimento da meta, fora realizada nova audiência pública em 01 de junho de 2017 que viria a possibilitar a celebração de acordo para criação de 85.500 novas vagas em creches para população de zero a três anos (Cláusula Primeira), e compromisso de busca progressiva de condições de qualidade incluindo a redução de grupamentos por ambiente (Cláusula Segunda), redução do número de educandos por docente (Cláusula Terceira), qualidade do espaço pela presença de área externa (Cláusula quarta), formação continuada dos profissionais (Cláusula quinta), bem como cláusulas de monitoramento, avaliação e controle social (Cláusulas Sexta, Sétima e Oitava).

²³³ Conforme notícia divulgada no sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=43765> acesso em 05/03/2019.

²³⁴ Inteiro teor do acordo homologado disponível no site do Tribunal de Justiça de São Paulo <<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=48767&pagina=24>> acesso em 05/03/2019.

²³⁵ JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 450-466, p. 451.

Como se percebe, parece ocorrer uma inversão entre a relação causa-efeito e a relação meio-fim. Se no processo não estrutural, numa fase de conhecimento, se verifica/conhece de uma causa ocorrida que implica efeitos, no processo estrutural, numa fase de conhecimento, se verifica/conhece de um fim (não ocorrido, muito pelo contrário) a ser perseguido e cuja busca implica meios que “causarão”, como efeito, o alcance do fim. Lá (relação causa-efeito) se efetiva o efeito com base na causa, aqui (relação meio-fim) se efetiva a causa (meios) com base no efeito que se pretende (fim).

Conclui-se, acerca da distinção entre causalidade e teleologia e sua relação com os processos estruturais, no sentido de que, em certas situações, a eficácia jurídica atribuída aos fatos jurídicos, não pode ser efetivada de imediato, exigindo previamente o alcance de determinado estado de coisas, o qual possibilitará, como sua consequência, a efetivação que inicialmente não pode ocorrer. Para estes casos não se presta um processo que trabalha com uma relação causa-efeito (retrospectiva), sendo necessária uma relação processual teleológica (prospectiva) que tome o estado de coisas pretendido como fim e articule meios para seu alcance.

3.1.2 Racionalidade entre meios e fins

3.1.2.1 *Zweckrational como fundamento das características dos processos estruturais*

A compreensão das características do processo estrutural se funda em uma perspectiva não causal, mas teleológica, exigindo a compreensão da racionalidade existente entre meios e fins. Com tal objetivo, é viável partir da compreensão da palavra *Zweckrational*, cujo sentido foi desenvolvido por Max Weber podendo ser traduzida, com certo prejuízo²³⁷, por uma

²³⁷ Georg H. von Wright salienta a dificuldade na tradução da palavra, por exemplo, para o inglês. Em acesso à tradução em inglês da obra de Max Weber citada por Wright, o próprio tradutor (Professor Talcott Parsons) reconhece a dificuldade mas, em nota de rodapé, busca explicar a essência do conceito nos seguintes termos: “In the case of Zweckrationalitat, on the other hand, Weber conceives action as motivated by a plurality of relatively independent ends, none of which is absolute. Hence, rationality involves on the one hand the weighing of the relative importance of their realization, on the other hand, consideration of whether undesirable consequences would outweigh the benefits to be derived from the projected course of action. It has not seemed possible to find English terms which would express this distinction succinctly. Hence the attempt has been made to express the ideas as clearly as possible without specific terms”. WEBER, Max. *The Theory of Social and Economic Organization*. Copyright 1947 by Professor Talcott Parsons, New York: The Free Press, 1964. p. 176 (e-book); A nota do tradutor, cuja importância se salienta, poderia ser assim vertida para o português: No caso de

“racionalidade referente a fins”²³⁸.

Segundo Weber, entre outras ações possíveis²³⁹ (e em aplicação de um raciocínio tipológico²⁴⁰), age de maneira racional referente a fins “quem orienta sua ação pelos fins, meios e consequências secundárias, ponderando²⁴¹ racionalmente tanto os meios em relação às consequências secundárias, assim como os diferentes fins possíveis entre si.²⁴²”

É possível extrair ao menos três conclusões sobre a ação racional referente a fins: a) é uma ação orientada por fins, meios e consequências secundárias; b) exige uma ponderação racional entre meios e consequências secundárias; c) exige uma ponderação entre os diferentes fins possíveis entre si.

A pertinência da compreensão do processo estrutural como técnica pautada numa racionalidade entre meios e fins pode ser verificada em um cotejo de referidas conclusões com as características dos processos estruturais segundo as doutrinas estudadas sob os títulos do *public law litigation*, da *structural reform* e da policentria, denotando o caráter de verdadeiro fundamento para a teoria dos processos estruturais.

Da característica indicada como “a” no *public law litigation* (item 2.3.2.1), afirmou-se a possibilidade de proteção ao menos em parte do interesse de ambas as partes e talvez ainda

Zweckrationalität, por outro lado, Weber concebe a ação como motivada por uma pluralidade de fins relativamente independentes, nenhum dos quais é absoluto. Assim, a racionalidade envolve, por um lado, a ponderação da importância relativa de sua realização, por outro lado, a consideração de se as consequências indesejáveis superariam os benefícios a serem derivados do curso de ação projetado. Não pareceu possível encontrar termos ingleses que expressassem essa distinção sucintamente. Portanto, foi feita a tentativa de expressar as ideias da forma mais clara possível, sem termos específicos.

²³⁸ Tradução da expressão segundo versão em português. WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva*. V. 1. 3^a Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 16.

²³⁹ Para Max Weber toda ação pode ser determinada: 1) de modo racional referente a fins; 2) de modo racional referente a valores; 3) de modo afetivo; 4) de modo tradicional. A Zweckrational seria a ação de modo racional referente a fins. WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva*. V. 1. 3^a Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 16.

²⁴⁰ A ideia será desenvolvida mais adiante (item 4.2). Aqui se apresenta um dos fundamentos da necessidade de uma compreensão tipológica dos processos estruturais. Acerca do raciocínio tipológico aplicado aos tipos de ação social para Max Weber, esta se mostra explícita nas palavras do autor, para quem: “Só muito raramente a ação, e particularmente a ação social, orienta-se exclusivamente de uma ou de outras destas maneiras. E, naturalmente, esses modos de orientação de modo algum representam uma classificação completa de todos os tipos de orientações possíveis, senão tipos conceitualmente puros, criados para fins sociológicos, dos quais a ação real se aproxima mais ou menos ou dos quais – ainda mais frequentemente – ela se compõe. Somente os resultados podem provar sua utilidade. WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva*. V. 1. 3^a Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 16.

²⁴¹ Ponderação não deve ser lida, obrigatoricamente, no sentido corrente da linguagem jurídica. Wright com base na expressão alemã *Abwägung* entende também como atividade ou processo de deliberação. WRIGHT, Georg Henrik von. *Rationality: Means and Ends. Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Gênova sas, 1986.p. 57-72, p. 57.

²⁴² WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva*. V. 1. 3^a Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 16.

de outros interesses. Com raciocínio semelhante, a policentria (item 2.3.4.1) foi definida como um problema formado por diversos centros distintos de interesses, sendo cada um relacionado a todos os outros e no qual a solução de um depende da solução de todos. Tanto em uma como em outra, referidas características podem ser relacionadas com a conclusão “c” da ação racional referente a fins, eis que esta prevê a ponderação entre os diferentes fins (leia-se interesses) possíveis entre si.

Em outra perspectiva, as características indicadas como “b” e “c” do *public law litigation* (item 2.3.2.1), bem como as “a”, “d” e “e” da *structural reform* (item 2.3.3.1), podem ser relacionadas com as conclusões “a” e “b” da ação racional referente a fins.

Assim é que temos, ora um juiz chamado a avaliar as consequências (secundárias ou principais) de programas alternativos (meios) que possam corrigir uma política pública (fim), ora uma tutela projetada para o caso (meio e análise de consequências secundárias) para atender a uma reivindicação sobre políticas públicas (fim), ora o foco do processo é uma condição de vida social (fim) e o papel que grandes organizações desempenham (meio) na determinação destas condições, ora uma fase de execução com uma contínua relação entre o juiz e a instituição (meio) para eliminação da condição que ameaça os valores constitucionais (fim) e, finalmente, ora uma medida judicial considerada em termos instrumentais (meio), escolhida (analisando consequências secundárias) entre as várias formas de atingir um propósito (fim).

3.1.2.2 Zweckrational e a racionalidade entre meios e consequências secundárias

A deliberação racional entre meios e consequências secundárias tem lugar quando há vários meios que podem levar ao mesmo fim²⁴⁴. Nestes casos, a preferência por um meio em relação ao outro leva em consideração análises como a probabilidade de se alcançar o fim, a avaliação do tempo, do custo, do grau de dificuldade e dos incômodos que cada um dos meios proporciona²⁴⁵.

A avaliação resultante de tais análises pode ser combinada com a consideração de que

²⁴⁴ Referida racionalidade guarda bastante semelhança com parte do que se sustentará com base no princípio da proporcionalidade, vide item n. 3.2.3.3.

²⁴⁵ WRIGHT, Georg Henrik von. Rationality: Means and Ends. *Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 59.

a obtenção do fim é um valor positivo e o uso dos meios um valor negativo (um preço a pagar) para o alcance do fim²⁴⁶⁻²⁴⁷, sendo aí incluído um outro aspecto de racionalidade.

Um exemplo pode servir de auxiliar à compreensão e origina-se das discussões ocorridas na ADPF 347, na qual restou caracterizado um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário nacional, decorrente de falhas estruturais e de falência de políticas públicas.

No voto da Ministra Carmem Lúcia, foi mencionado um discurso de Darcy Ribeiro ocorrido em 1982, no qual avisava ao Governo “que se não tivesse a construção de muitas escolas no Brasil, nós iríamos, um dia, trazer ao Supremo julgamentos para mandar construir penitenciárias aos montes e não caberia todo mundo”²⁴⁸. Segundo os termos do voto, o presságio está se cumprindo.

O estado de coisas constitucional no sistema penitenciário pode ser alcançado de diversos meios. Por uma simplificação quase caricata, o discurso de Darcy Ribeiro se refere a duas delas ao menos: a construção de escolas e a construção de penitenciárias²⁴⁹.

No raciocínio proposto, fixado o fim a ser alcançado, os meios devem ser avaliados considerando as consequências respectivas. Assim, a opção entre a construção de escolas ou a construção de presídios deve levar em conta o custo da medida, o tempo exigido para a transformação do estado de coisas, a definitividade do modelo escolhido, tudo isso objeto de deliberação, sendo processualmente fixado e passível de reavaliações.

Em uma destas avaliações, pode-se verificar, adicionalmente, que o custo na efetivação da medida implicará falta de orçamento para a saúde, momento em que entrará em cena outro aspecto da racionalidade na deliberação, a consideração sobre se o fim a ser alcançado compensa (ou não) o custo dos meios utilizados.

3.1.2.3 Zweckrational e a deliberação sobre os fins como “plataforma” que possibilita

²⁴⁶ Robert Alexy denomina tal análise de máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito ou sopesamento propriamente dito. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Virgílio Afonso da Silva (trad.). 2^a Ed. São Paulo: Malheiros. 2015, p. 117.

²⁴⁷ WRIGHT, Georg Henrik von. Rationality: Means and Ends. *Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 61-62.

²⁴⁸ ADPF 347 Mc, Relator(A): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico dje-031 divulg 18-02-2016 public 19-02-2016, p. 124.

²⁴⁹ E, possivelmente pela força retórica, desconsidera a possibilidade de atuação conjunta. Ademais entende que a opção é apenas uma expressão de dois modos distintos de tratar o tema, ora pela prevenção ora pela repressão.

fins adicionais

Com base nos estudos de Georg H. von Wright²⁵⁰, o termo *Zweckrational* pode abranger uma outra forma de racionalidade que muito interessa a este trabalho e diz respeito ao que ele denomina uma busca de fins como um meio para fins adicionais. Não se trata aqui de uma deliberação entre meios e consequências secundárias ou entre meios e fins, mas de uma deliberação entre diferentes fins, os quais estariam sujeitos ao controle racional feito a partir da análise das consequências resultantes de seu alcance²⁵¹.

O autor apresenta um exemplo elucidativo. Um sujeito, que quer ascender profissionalmente em uma empresa, planeja sua educação como um meio para esse fim, e ele consegue alcançando a renda alta que esperava como resultado. Ocorre que também precisa assumir responsabilidades pesadas e, como consequência, acaba trabalhando demais, negligenciando sua família e prejudicando sua saúde. Pode tornar-se claro para tal pessoa que ela teria uma vida melhor se tivesse estabelecido objetivos menos ambiciosos²⁵².

A avaliação do fim a ser alcançado é feita, assim, a partir do exame das consequências que seu alcance permitirá. No exemplo, não se tratou de uma busca por ascensão profissional simplesmente, mas sim como um meio de, possuindo uma remuneração melhor, ter uma vida melhor. O fim pretendido foi alcançado (ascensão profissional), contudo as consequências dele esperadas (ter uma vida melhor) não o foram. A escolha do fim, portanto, careceu de racionalidade, ele alcançou o que escolheu, mas escolheu de modo não racional referente a fins.

O resultado alcançado não demonstra ausência de racionalidade entre meios e fins, mas sim da escolha entre os fins possíveis, considerando as consequências que implica. É nesse sentido que a racionalidade sobre fins pode ser reconstruída com a preocupação em ser um meio. Utilizando da alegoria de von Wright, o fim é, então, considerado como uma espécie de “plataforma”²⁵³ (ou estrutura, vide item 3.1.3.1) a ser alcançada não como um fim em si mesmo,

²⁵⁰ WRIGHT, Georg Henrik von. Rationality: Means and Ends. *Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 61-62. Para o autor, é pouco provável que Max Weber tenha concebido a expressão nesse sentido que ele apresenta, mas o termo também o abrange.

²⁵¹ WRIGHT, Georg Henrik von. Rationality: Means and Ends. *Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 65.

²⁵² WRIGHT, Georg Henrik von. Rationality: Means and Ends. *Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 66.

²⁵³ Nas palavras do autor, “The end is then regarded as a kind of ‘platform’ to be attained not (perhaps) ‘for its own sake’ as much as for some consequences which its attainment is likely to have” Em tradução livre: O fim é então considerado como uma espécie de “plataforma” a ser alcançada não (talvez) “por si só” tanto quanto por

mas por fins adicionais que sua obtenção permitirá.

Novamente um exemplo auxilia a compreensão. Em um processo de recuperação judicial de empresas, a preservação da empresa é o objetivo do processo. Ocorre que ela não é visada como um objetivo puro e simples. Trata-se do alcance de um objetivo que servirá como plataforma para efetivação de outros fins, tais como: a manutenção dos empregos dos trabalhadores, o pagamento dos credores, a continuidade da geração e recolhimento de tributos, a manutenção da cadeia produtiva de que participa etc.

A racionalidade entre meios e fins: a) permite justificar muitas das características indicadas em doutrina para os processos estruturais; b) exige análises dos meios empregados considerando diversos aspectos como a probabilidade de se alcançar o fim, a avaliação do tempo, do custo, grau de dificuldade, definitividade, entre outros; c) exige que uma avaliação resultante de tais análises possa ser combinada com a consideração de que a obtenção do fim é um valor positivo e o uso dos meios, um valor negativo (um preço a pagar) para o alcance do fim; d) exige uma deliberação sobre os fins pretendidos, não como um fim em si mesmo, mas como uma plataforma que possibilita o alcance de fins adicionais.

3.1.3 Estado de coisas e ação

3.1.3.1 Estado de coisas

O que foi indicado como relação entre meio e fim, aqui se prossegue como uma relação entre ação e estado de coisas²⁵⁴. Ademais, o afirmado como uma espécie de plataforma que possibilita a efetivação de fins adicionais, aqui se prossegue pela ideia de estrutura²⁵⁵ a possibilitar a efetivação de efeitos. Segundo a compreensão deste trabalho o termo “estrutura²⁵⁶” que qualifica o processo objeto da pesquisa é a condição do estado de coisas

algumas consequências que sua obtenção provavelmente terá. WRIGHT, Georg Henrik von. *Rationality: Means and Ends. Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 64-65.

²⁵⁴ PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Lexington: Springer, 2008, p. 225.

²⁵⁵ Vide item 2.2.2, no que se definiu por estrutura: trata-se de conceituação cujo aspecto finalístico permite perfeita configuração com a ideia de plataforma proposta.

²⁵⁶ Desse momento em diante a ideia de plataforma será substituída pela de estrutura a fim de manter correspondência em nomenclatura com o termo já tradicional na matéria. Tal substituição não implica qualquer alteração de conteúdo.

possibilitar a efetivação de efeitos (direitos).

A concepção filosófica do estado de coisas recebe especial atenção nos trabalhos de Georg H. von Wright²⁵⁷, inicialmente classificando este como espécie de fato ao lado de processos e eventos²⁵⁸. O autor distingue os três, sobretudo, por meio de exemplos.

O *processo* seria algo que está acontecendo, tem uma continuidade “dinâmica”; por exemplo, está chovendo em determinado lugar e tempo; é algo que acontece de modo contínuo durante certo período. Um *estado de coisas* é algo que tem ínsita uma continuidade “estática”, e é analisado em determinado momento, por exemplo nas afirmações de que a população de um país é maior que a de outro ou de que determinado objeto se encontra sobre uma mesa. Por fim, um *evento* seria um acontecimento, sem continuidade, algo instantâneo, no exemplo do autor “Brutus matou César”²⁵⁹.

Entre os eventos, existe um que é considerado o evento principal para o autor, um par ordenado de dois estados de coisas, cuja relação de ordenação é uma relação sucessiva no tempo; o evento em verdade é a mudança ou transição do estado de coisas que se obtém na ocasião anterior para o estado de coisas que se obtém na ocasião posterior, ou, em outras palavras, a transição de um mundo que contém o estado inicial para um mundo que contém o estado final²⁶⁰. Esse evento principal o autor representa por meio da expressão *pTq*, a qual descreve uma transição “T” de um p-mundo para um q-mundo²⁶¹. Eis a expressão que, sem exageros, pode ser considerada a expressão geral do objeto dos processos estruturais²⁶².

Alguns exemplos podem ajudar a compreender essa expressão.

Nos processos judiciais buscando o fim da segregação racial em escolas públicas

²⁵⁷ Também se fundamenta no conceito de Wright para tratar de estado de coisas entre outros Robert Alexy e Humberto Ávila respectivamente, ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 238 e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p.95.

²⁵⁸ Segundo o autor existem vários tipos de fatos, as três espécies que utiliza não esgotam o gênero. WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical enquiry*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.p. 25-27.

²⁵⁹ WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical enquiry*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.p. 26.

²⁶⁰ O autor admite que os estados de coisas também sejam chamados de características dos mundos. WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical enquiry*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.p. 28.

²⁶¹ WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical enquiry*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.p. 28.

²⁶² Doug Rendleman, em uma exemplificação do que se afirma, disserta sobre *Brown v. Board of Education of Topeka II*, afirmando que o tribunal não ordenou uma injunção imediata; em vez disso, iniciou um período de transição dizendo aos juízes que mantivessem a jurisdição sobre as ações judiciais até que os direitos fossem implementados. RENDLEMAN, Doug R. *Brown II "All Deliberate Speed" at Fifty: A Golden Anniversary or A Mid-Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy?* *San Diego Law Review*. V.41, 2004, p. 1575-1616., p. 1585-1586.

primárias, o “p-mundo” corresponde ao estado de coisas em que ocorre a segregação racial e o “q-mundo” corresponde ao estado de coisas que possibilita a existência de escolas integradas.

Em processos judiciais buscando a reforma de sistemas prisionais que atentam contra a integridade de detentos, o “p-mundo” corresponde ao estado de coisas de um sistema prisional que atenta contra a dignidade dos presos e o “q-mundo” corresponde ao estado de coisas de um sistema prisional que sustenta o respeito à dignidade dos presos, na forma das normas vigentes.

Em processos judiciais que buscam a efetivação do direito à educação infantil pelo acesso a vagas em creches, o “p-mundo” corresponde ao estado de coisas com um alto deficit de número de vagas e o “q-mundo” corresponde ao estado de coisas de uma rede de ensino que possibilita atender qualitativa e quantitativamente o quanto previsto normativamente para disponibilização de vagas em creches.

Em processos judiciais para a recuperação judicial de empresas em situação de crise, o “p-mundo” corresponde ao estado de coisas em que uma situação de crise põe em risco o prosseguimento da atividade empresarial e o “q-mundo” corresponde ao estado de coisas que sustente uma atividade empresarial sem crise.

Em processos estruturais para recuperação de áreas ambientalmente degradadas, o “p-mundo” corresponde ao estado de coisas na qual uma área ambiental necessita de recuperação e o “q-mundo” corresponde ao estado de coisas que contemple um meio ambiente recuperado.

Em todos os processos estruturais, a expressão *pTq* se aplica. Em todos eles, “T” (uma transição entre estados de coisas) corresponde ao que se busca com o processo estrutural.

3.1.3.2 Ação, estado de coisas ideal e efeitos

Por ação se entende o provocar uma transição entre estados de coisas²⁶³ (o provocar uma mudança no mundo). O agir não é a mudança no mundo, mas sua causa. A ação causa a transição entre estados de coisas. A transformação no estado de coisas é resultado de uma ação. Assim se relacionam ação e estado de coisas²⁶⁴.

²⁶³ WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical enquiry*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.p. 35.

²⁶⁴ Em sentido semelhante entende Aleksander Peczenik, PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Lexington: Springer, 2008, p. 225.

A transformação no mundo pode acontecer também em virtude de uma relação causal, enquanto efeito da transição entre estados de coisas provocada pela ação. A segunda transformação é um efeito da primeira. Se a primeira transformação é efetuada por meio da ação, sendo o resultado de um ato, a segunda é uma consequência do resultado da ação²⁶⁵.

Um exemplo pode auxiliar na compreensão. O ato de abrir uma janela altera um estado de coisas, de um mundo em que a janela está fechada para um mundo no qual a janela está aberta²⁶⁶. A abertura da janela é o resultado da ação. Há uma relação direta e intrínseca entre ato de abrir a janela e o resultado: uma janela aberta.

Ocorre que, como efeito desse resultado (uma janela aberta), pode ocorrer de o cômodo no qual se encontra a janela ter um aumento de temperatura. Referido efeito não depende apenas da transição entre os estados de coisas (de janela fechada para janela aberta) e, portanto, não decorre somente da ação que provocou a transição entre os estados de coisas.

O efeito decorrente do resultado da ação depende de outras características do mundo. No caso, que a temperatura do lado de fora da janela esteja superior à temperatura interna do cômodo. Não sendo o caso, ou o efeito não ocorreria (se de mesma temperatura) ou ocorreria o efeito inverso, uma queda de temperatura no cômodo. Diferentemente da relação entre um ato e seu resultado, a relação entre um ato e os efeitos do resultado do ato é extrínseca (indireta)²⁶⁷.

Esse raciocínio implica reflexos no trato dos processos estruturais.

Conforme se concluiu (item 3.1.1), em certas situações, a eficácia jurídica atribuída aos fatos jurídicos, não pode ser efetivada de imediato, exigindo previamente o alcance de determinado estado de coisas, o qual possibilitará, como sua consequência, a efetivação que inicialmente não pode ocorrer.

Conquanto a relação intrínseca entre ação e estado de coisas, a efetividade dos efeitos deste decorrentes depende, ainda, de outras características do mundo, mantendo uma relação extrínseca com a ação. Isso implica que o estado de coisas previsto como proporcional à efetivação de determinados efeitos pode deixar de o ser, entre outras razões análogas, por uma

²⁶⁵ WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical enquiry*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.p. 39.

²⁶⁶ O exemplo é de George H. von Wright, WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical enquiry*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.p. 39.

²⁶⁷ WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical enquiry*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.p. 40

“evolução ou desenvolvimento não previsível de um fato anterior”²⁶⁸⁻²⁶⁹, tornando, por consequência, inadequados, desnecessários ou desproporcionais os meios (ação) antes previstos, seja porque já alcançado os efeitos, seja porque modificada a relação entre o estado de coisas, inicialmente ideal e os efeitos pretendidos.

A compreensão pode ser facilitada com um retorno ao exemplo do caso das creches no Município de São Paulo²⁷⁰.

Conforme já indicado, ante o cumprimento parcial do quanto previsto para o período de 2013-2016, em 2017 fora processualmente reestabelecida uma meta quantitativa para a criação de vagas sendo firmado o compromisso de criação de 85.500 vagas até 2020²⁷¹.

Inicialmente fora prevista a criação de 150.000 vagas até 2016, tendo sido atendido, até 2016, o quantitativo de 106.743 vagas. Em um raciocínio não estrutural, em 2017, faltariam cerca de 43.257 vagas a serem disponibilizadas. Ocorre que os efeitos previstos para serem atendidos até 2016 não mais são alcançáveis com o quantitativo antes indicado como estado

²⁶⁸ Trata-se de relação que carrega ínsita potencial e dinâmica quebra de estabilidade no sentido defendido por Antonio do Passo Cabral fora do contexto dos processos estruturais. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 622-623. Em outro modo de compreender a questão, também fora do contexto dos processos estruturais, parece aplicável também o entendimento de se tratar de um fato superveniente (art. 342, I e art. 493 do CPC), nesse sentido parece ser o entendimento de Cruz e Tucci, TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

²⁶⁹ Tal possibilidade implica necessidade de se admitir quebras de estabilidade no processo estrutural seja com relação à demanda e sua correlação com a sentença e outras decisões judiciais, seja com relação a coisa julgada. Sobre essa última, no caso, parece-nos mais adequado as compreensões de unificação das estabilidades e preclusões dinâmicas defendido por Antonio do Passo Cabral. Sobre a necessidade relativização do princípio da demanda nos processos estruturais, veja-se, ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410. p. 399. FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 143 e ss. NUNES, Leonardo Silva. COTA, Samuel Paiva. FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos Litígios aos Processos Estruturais: Pressupostos e Fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. (Orgs.). *Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 377. PINTO, Henrique Alves. *O enquadramento das decisões estruturais no Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. Sobre a concepção de unificação de estabilidades, em caráter geral, não vinculado ao contexto dos processos estruturais, CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 375.

²⁷⁰ Um outro exemplo, agora em forma de crítica contra uma decisão irrazoável, nos é apresentada por Ada Pellegrine Grinover ao tratar do caso do Hospital Municipal Salgado Filho. No caso o tribunal considerou um relatório emitido há 12 anos como medida exata para a condenação. Nas palavras da autora “Esse numero fixo, surgido de um relatório de 12 anos atrás, é completamente fictício e nada indica que se trataria do número necessário e suficiente, para preencher hoje as necessidades de atendimento do Hospital Municipal Salgado Filho”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448, p. 437.

²⁷¹ Inteiro teor do acordo homologado disponível no site do Tribunal de Justiça de São Paulo <<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=48767&pagina=24>> acesso em 05/03/2019.

ideal de coisas. Feita então uma projeção, até 2020 a previsão é que, *ceteris paribus*, seja necessária então a criação de 191.743 vagas, sendo esse, quantitativamente, o novo estado de coisas necessário à efetivação dos efeitos previstos normativamente.

Referida compreensão sobre estado de coisas, ação e efetivação de efeitos pode auxiliar a justificar as demais características²⁷²⁻²⁷³ dos processos estruturais segundo a doutrina tradicional.

Da característica indicada como “d” no *public law litigation* (item 2.3.2.1), afirmou-se que os efeitos da tutela geralmente provocam importantes consequências para muitas pessoas, incluindo aquelas que não foram parte do processo. De modo semelhante, nas características indicadas como “b1” e “b2” do *structural reform* (item 2.3.3.1) se indicou que o beneficiário, mesmo quando for um grupo, não necessariamente coincidirá em todos os termos com o grupo-vítima, podendo, por exemplo, ampliar-se, indicando-se ainda que o foco do processo não é o ato ilícito cometido, mas a dinâmica da burocracia estatal que o produziu.

Registre-se que a circunstância de os efeitos da tutela geralmente ampliarem-se para além das partes do processo decorre do fato de que o estado de coisas inicial é que é alterado, a causa da violação deixa de existir, seja a dinâmica de uma burocracia estatal (Owen Fiss), seja a deficiência de uma política pública (Abram Chayes), seja um estado de coisas qualquer que implique violações ou ameaças a direito (posição adotada neste trabalho).

E, por fim, da segunda parte da característica indicada em “d” no *public law litigation* (item 2.3.2.1), temos que a decisão judicial a qual determina a mudança não conclui a ingerência judicial no caso, exigindo uma participação contínua do tribunal para além dessa decisão. Isso se deve à circunstância de que, tratando-se de uma transição entre estados de coisas, é necessária uma efetivação da decisão no mundo dos fatos. Ademais, como visto, alterações das circunstâncias externas (além relação ação-estado de coisas) têm potencial para exigir a modificação do estado de coisas a ser alcançado, com o objeto de se permitir efetivar o efeito

²⁷² Frise-se, demais características que não receberam ressalvas neste trabalho, eis que para tais se entende que não atendem as premissas metodológicas fixadas.

²⁷³ Além de permitir reafirmar outras características já justificadas, por exemplo na policentria (item 2.4.1), por ser definido como um problema que é formado por diversos centros distintos de interesses, sendo cada um deles relacionado a todos os outros e no qual a solução de um depende da solução de todos é bastante compatível com a busca por um estado de coisas do qual decorrem efeitos. Referido estado de coisas é justamente a solução única que soluciona todos os centros de interesse. No mesmo sentido, seria possível referida reafirmação nas características “b” e “c” do *public law litigation* (item 2.3.2.1), bem como nas características “a” e “d” da *structural reform* (item 2.3.3.1), em que respectivamente a “avaliação das consequências”, “o funcionamento das políticas públicas”, a “condição social” e a “preservação dos valores constitucionais” podem ser relacionados com a efetivação de efeitos que decorre do alcance do estado de coisas e, indireta e extrinsecamente, da ação.

inicialmente pretendido com a transição entre estados de coisa.

Da racionalidade entre ação e estado de coisas temos que: a) a transição entre estados de coisas pode ser representado por meio da expressão pTq , a qual descreve uma transição T de um p -mundo para um q -mundo, definida como expressão geral do objeto dos processos estruturais; b) uma transição entre estados de coisas é provocada pela ação em uma relação direta e intrínseca; c) o resultado da ação (estado de coisas final) pode implicar efeitos, estes agora indireta e extrinsecamente relacionados à ação e não passíveis de controle por esta, eis que dependentes também de circunstâncias externas do mundo; d) a racionalidade entre ação e estado de coisas justifica características dos processos estruturais tradicionalmente apontadas pela doutrina.

Como síntese das características do processo estrutural referente aos fatos, é possível afirmar que nele se debate: a) um estado de coisas que ameaça e/ou viola direitos, mas cujos efeitos daí decorrentes não podem ser efetivados, salvo após o alcance de um estado de coisas futuro; b) um estado de coisas futuro indicado como objetivo e que funcione como estrutura ao alcance dos efeitos decorrentes do estado de coisas inicial; c) um alcance do estado de coisas futuro decorrente de ações, podendo um e outras serem redefinidos ante quebras de estabilidades que revele mudanças necessárias ao alcance dos efeitos decorrentes do estado de coisas inicial;

3.2 DAS NORMAS NO PROCESSO ESTRUTURAL

3.2.1 Entre normas-do-que-deve-ser e normas-do-que-deve-fazer

A compreensão dos processos estruturais revelou a necessidade de ser priorizada a análise de uma relação teleológica (prospectiva) ante a uma relação causal (retrospectiva). Em sequência, da racionalidade entre meios e fins e da relação entre ação e estado de coisas, permitiu-se compreender e justificar as características dos processos estruturais.

Referida racionalidade teleológica possui repercussão na produção normativa dos

processos estruturais²⁷⁴ a qual pode ser compreendida tendo como ponto de partida as já indicadas contribuições de Didier Jr., Zaneti Jr. e Rafael de Oliveira²⁷⁵, semelhantes às de Sérgio Arenhart, que a enunciou de modo menos específico²⁷⁶. Um passo anterior à contribuição dos autores, e que permite compreender o vínculo entre o aspecto da racionalidade já estudado e o aspecto normativo que se inicia, parte da distinção entre normas-do-que-dever-se e normas-do-que-deve-fazer, a qual expressa normativamente a relação entre ação e estado de coisas.

O objeto das normas-do-que-deve-ser se relaciona, em regra, ao estado de coisas, e o objeto das normas do-que-deve-fazer geralmente se refere à uma ação²⁷⁷. Nesse sentido, George H. von Wright²⁷⁹ parte da consideração de que as normas validadas em determinada comunidade podem expressar o desejo de alcançar determinado estado ideal de coisas. A realização do estado ideal de coisas exige que os membros da comunidade considerem o que devem fazer para o seu alcance, o que depende, não apenas do conteúdo da norma do-que-dever-se, mas também das variações nas circunstâncias em que vivem os membros da comunidade. O estado ideal de coisas estabelece assim necessidades práticas de, considerando a situação vigente, agir no sentido de produzir, destruir, suprimir ou sustentar um estado de coisas.

O já citado exemplo das prisões do Arkansas pode auxiliar a compreensão. No caso *Holt v. Sarver*²⁸⁰⁻²⁸¹, o juiz J. Smith Henley, após considerar cruel, incomum e proibido pela Constituição o próprio confinamento nas condições verificadas nas prisões do Arkansas, passou a determinar ao Executivo a apresentação de planos de ação e relatórios para verificação da efetiva melhoria das condições do sistema prisional. Assim, o juiz analisava as consequências do plano executado, projetava e negociava a melhoria da política pública.

²⁷⁴ Conforme anota Alexy, a descrição de estado de coisas se relaciona a necessidade de normas-princípio. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 238-241 e p. 255.

²⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 354-368.

²⁷⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410. p. 400.

²⁷⁷ WRIGHT, George Henrik von. *Ought to Be Ought to Do. Actions, norms, values: discussions with Georg Henrik von Wright*. ed. by Georg Meggle, Assisted by Andreas Wojeik, Berlim; New York. de Gruyter, 1998.p. 03-09. p.3.

²⁷⁹ WRIGHT, George Henrik von. *Ought to Be Ought to Do. Actions, norms, values: discussions with Georg Henrik von Wright*. ed. by Georg Meggle, Assisted by Andreas Wojeik, Berlim; New York. de Gruyter, 1998.p. 03-09. p.7-8.

²⁸⁰ *Holt v. Sarver* (300 F. Supp. 825 - ED. Ark. 1969).

²⁸¹ Um relato detalhado do problema veja em VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303-352. p.307-313.

No caso, se buscava que as prisões do Arkansas passassem a estabelecer um regime em conformidade com a Constituição. Esta era a norma que configurava o estado de coisas a ser alcançado, a norma-do-que-deve-ser. As prisões do Arkansas devem ser estabelecimentos que permitam condições de confinamento conforme a Constituição.

Os planos de ação apresentados pelo executivo e aceitos processualmente passavam a se constituir em normas-do-que-deve-fazer a serem executadas. Ocorre que, ainda que plenamente executadas, os resultados poderiam não ser satisfatórios ante a potencial variação de circunstâncias externas e não controláveis pelas partes. Assim, por exemplo, um cálculo de redução da população carcerária para embasar um plano de ação pode ter considerado a previsão de conclusão do cumprimento de pena de diversos apenados. No entanto, tal previsão pode não se efetivar, seja pelo cometimento de novos crimes pelos detentos dentro da prisão, seja pelo acréscimo em quantidade superior à prevista no ingresso de novos presos, ante uma subida na criminalidade decorrente de reincidência, seja por motivos diversos, exigindo modificação nas normas-do-que-deve-fazer para o alcance do estado de coisas.

Como conclusão parcial, temos que um processo estrutural se fundamenta na efetivação de uma norma-do-que-deve-ser, que estabelece um estado de coisas a ser alcançado, exigindo para isso normas-do-deve-fazer. Em que pese necessárias, as normas-do-deve-fazer não são suficientes para a determinação do resultado, eis que este depende não apenas no acerto das previsões sobre seus efeitos, como também das variações nas circunstâncias entre o momento da ação e o previsto para o alcance do estado de coisas.

3.2.2 Entre normas-princípio e normas-regra

3.2.2.1 Critérios de dissociação entre normas-princípios e normas-regras

Tendo como um de seus fundamentos a distinção feita entre normas-do-que-deve-ser e normas-do-que-deve-fazer, há contribuição decisiva para a sequência da compreensão da produção normativa dos processos estruturais no plano normativo: a distinção feita por

Humberto Ávila²⁸² entre princípios e regras²⁸³.

Ávila, após traçar um panorama evolutivo da distinção entre princípios e regras e analisar criticamente o conteúdo de propostas relativas ao ponto, apresenta sua compreensão pela existência de três critérios de dissociação²⁸⁴⁻²⁸⁵.

O primeiro critério distintivo é o da natureza do comportamento prescrito. Segundo o autor, as regras são normas imediatamente descriptivas estabelecendo obrigações, permissões e proibições, por meio da descrição com maior exatidão da conduta a ser adotada; já os princípios são normas imediatamente finalísticas, estabelecendo um estado de coisas para cuja realização é necessária (necessidade prática) a adoção de certos comportamentos²⁸⁶.

As regras têm como característica sobretudo descrever comportamentos (ações), estabelecendo apenas mediatamente fins a serem alcançados. Os princípios têm por característica principal a determinação de um fim (estado de coisas²⁸⁷) e, para tanto, mediatamente impondo comportamentos (ações) necessários ao seu alcance.

Como segundo critério distintivo é apresentada a natureza da justificação exigida. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação de correspondência da construção

²⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

²⁸³ Referida distinção é, inclusive, um dos pressupostos à compreensão das ideias defendidas por Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira e já indicadas como caminho para compreensão da produção normativa dos processos estruturais.

²⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 95-102.

²⁸⁵ Outros critérios de dissociação não são necessariamente incompatíveis com o que se discorrerá acerca da produção normativa dos processos estruturais. Fez opção por sua proposta de distinção por entender possuir um alto grau de sistematização e pertinência com a racionalidade teleológica trabalhada nos itens anteriores. Para outras análises veja-se, ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 85-180. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3^a ed. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010, p.35. LAPORTA, Francisco. Legal Principles. *Actions, norms, values: discussions with Georg Henrik von Wright*. ed. by Georg Meggle, Assisted by Andreas Wojeik, Berlim; New York. de Gruyter, 1998.p. 279-284. AARNIO, Aulis. Reglas y principios en el razonamiento jurídico. Conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña el día 24 de marzo de 2000, dentro del 11 Seminario Internacional de Filosofía del Derecho ¿Decisión judicial o determinación del Derecho? Perspectivas contemporáneas. Traducción del original inglés a cargo de Pedro Serna. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Coruña: UDC, 2000, n. 4, p. 593-602. PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Lexington: Springer, 2008, p. 62. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160.

²⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 95-96. Em sentido semelhante Peczenik distingue as *regulative norms* que ora se referem a uma ação (*an action*) ora a um estado de coisas (*state of affairs*) obrigatório, permitido ou proibido.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Lexington: Springer, 2008, p. 225.

²⁸⁷ Também relacionando princípios a estados de coisa veja ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 238-241 e p. 255 e MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 251.

factual em relação à descrição da norma e à finalidade que lhe dá suporte, assumindo assim um caráter primariamente retrospectivo, ao verter-se sobre fatos já previstos e já ocorridos (caracterização valorativa de fatos passados). A interpretação e aplicação dos princípios, por outro lado, exige uma avaliação da correlação entre o estado de coisas (fim) e os efeitos das condutas necessárias ao seu alcance (meios), assumindo um caráter primariamente prospectivo (futuro)²⁸⁸.

Para interpretar e aplicar uma regra se verifica a correspondência do plano fático ocorrido em relação à norma e à finalidade desta, sendo privilegiado seu elemento descritivo. Os princípios, por outro lado, privilegiam o elemento finalístico em relação ao descritivo, assim para interpretá-los e aplicá-los avalia-se a correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido.

Como terceiro critério de dissociação, temos a medida da contribuição para a decisão²⁸⁹. As regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes por pretender abranger todos os aspectos relevantes para uma decisão e gerar uma solução específica para o conflito; o preenchimento das condições de aplicabilidade é da essência das regras, possuindo assim uma pretensão terminativa. Já os princípios são normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, eis que abrangendo apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão não pretende gerar solução específica, mas contribuir com a decisão ao lado de outras razões: uma pretensão de complementaridade e parcialidade.

3.2.2.2 A dissociação entre princípios e regras e seus impactos na compreensão do processo estrutural

A distinção entre um processo estrutural e um processo não estrutural se relaciona com a distinção entre normas-princípio e normas-regra. O processo estrutural é aquele movido, de modo imediato, pela busca resultante uma norma-princípio. Trata-se de um processo que busca, de modo imediato, determinado estado de coisas e, apenas mediatamente, visa a condutas, na medida em que necessárias ao alcance daquele. Por outro lado, o processo não estrutural busca

²⁸⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 97-99.

²⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 100-101.

imediatamente a realização de condutas descritas por uma norma como efeito de determinada correspondência factual realizada. Comprova-se a realização de determinados fatos, verificando a incidência de determinada norma (regra ou princípio, aqui não há distinção) decidindo sobre essa incidência e, se for o caso, efetivando os efeitos dela decorrentes.

Convém reiterar a observação feita. Não se está a afirmar que todo processo cuja decisão se fundamente em uma norma-princípio (como norma que incide em determinado suporte fático) seja um processo estrutural. Afirma-se sim que todo processo que busca, de modo imediato e como resultado, um estado de coisas é um processo estrutural. Analisa-se não a norma que fundamenta o pleito, mas a espécie normativa resultante do processo, seja como método de produção de norma jurídica, seja como ato final do procedimento, ou dos efeitos desta norma sobre o feixe das relações que o compõe²⁹⁰⁻²⁹¹. Explique-se melhor.

As decisões judiciais são normas que comumente determinam condutas (um fazer, um não fazer ou um dar coisa²⁹²). Normas-princípio podem incidir sobre determinado suporte fático e implicar uma decisão judicial com estrutura de norma-regra. Por exemplo, a norma-princípio da igualdade pode implicar em sentença determinando uma obrigação de fazer no tratamento entre duas pessoas, em razão de um critério diferenciador (ex. sexo) e de um fim a ser alcançado²⁹³ (ex. licença maternidade).

Não é disso que se está falando. Não é a norma-princípio como fundamento jurídico da decisão judicial de um processo, mas o conteúdo normativo da decisão buscada no processo ser uma norma-princípio. Não se busca no processo estrutural, de modo imediato, um comportamento, mas o alcance de determinado estado de coisas, ainda que fundamentado em uma norma-regra. Assim, no exemplo inverso, a norma-regra que veda o tratamento desumano e degradante (art. 5º, III da Constituição Federal) pode fundamentar a norma-princípio conteúdo

²⁹⁰ Sobre essas três abordagens jurídicas do processo, DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 74.

²⁹¹ A compreensão integral do fenômeno será analisada no tratamento do conceito do processo estrutural, por ora uma compreensão parcial parece suficiente.

²⁹²Aqui se refere sobretudo às denominadas sentenças não autossuficientes, assim classificadas como as que exigem a modificação na realidade dos fatos. As sentenças autossuficientes seriam, via de regra, as denominadas declaratórias e constitutivas. Retornaremos ao assunto mais à frente (item 3.3). Sobre a distinção vide MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.115. Sérgio Arenhart as distingue entre tutelas que operam exclusivamente no plano jurídico e tutelas que operam no mundo concreto. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 93-99.

²⁹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 192-193. Em verdade, na concepção do Ávila, neste caso o postulado da igualdade funciona como norma-regra.

da decisão da ADPF 347 a qual estabelece o dever do estado brasileiro de alcançar um estado de coisas constitucional no nosso sistema prisional²⁹⁴. É disso que se está tratando.

Feito o esclarecimento, e ante a citada dissociação entre norma-princípio e norma-regra, é possível enunciar algumas consequências práticas para a compreensão dos processos estruturais

O impacto do primeiro critério distintivo, relacionado à natureza do comportamento prescrito, implica distinção na inclusão (ou não), como objeto de cognição, da deliberação sobre os comportamentos a serem efetivados pelos destinatários da norma. Assim, se um processo é movido, de modo imediato, pela busca de um resultado normativo que seja expresso como uma norma-regra terá por objeto mediato uma conduta (dar, um fazer ou não fazer), sendo geralmente possível ter uma ciência mais precisa e antecipada do comportamento exigido do destinatário da norma, o que permite ser solicitada sua especificação, inclusive, desde a petição inicial (art. 322 do CPC).

Por outro lado, um processo movido, de modo imediato, pela busca de um resultado normativo que seja expresso como uma norma-princípio, seu objeto mediato é um estado de coisas, o que não permite de modo imediato a ciência do comportamento exigido, mas apenas a compreensão de que são exigidas, no horizonte de uma racionalidade entre meios e fins, uma ou mais condutas necessárias à realização daquele estado de coisas.

Tal circunstância tem por consequência que um processo movido, de modo imediato, pela busca de um resultado normativo expresso como uma norma-princípio, depende de serem determinadas, processualmente, as exatas condutas devidas²⁹⁵ (normas-regra), sempre em vista de sua relação com o estado de coisas a ser atingido. E mais, a efetivação de referidas condutas não implica, por si só, o atendimento do pleito levado a juízo, salvo quando de fato implicar o alcance do estado de coisas previsto. E mais (conforme item 3.1.3.2), desde que referido estado de coisas permaneça apto a efetivar o que, quando de seu estabelecimento, foi indicado como efeito.

Como exemplo é possível recordar a já citada ADPF 347 em trâmite no Supremo Tribunal Federal - STF. A ADPF 347 tem por pedido mediato ser sanado o estado de coisas

²⁹⁴ ADPF 347 Mc, Relator(A): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico dje-031 divulg 18-02-2016 public 19-02-2016.

²⁹⁵ Em interpretação que decorre da comparação com as normas-regra. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 96.

inconstitucional do sistema prisional brasileiro²⁹⁶. Os comportamentos necessários à realização do estado de coisas pretendidos são propostos para serem objeto de deliberação, após apresentação de um plano nacional pelo governo federal, prevendo ao final sua homologação e monitoramento pelo STF²⁹⁷. Ainda que homologado referido plano e cumprido integralmente, não terá ocorrido a efetivação de tudo quanto pedido/deferido, salvo se “sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro²⁹⁸”.

Pelo segundo critério distintivo, o qual se dá pela natureza da justificação exigida, verifica-se uma implicação na distinção do objeto da instrução processual. Deste critério temos que, se um processo é movido, de modo imediato, pela busca de um resultado normativo que seja expresso como uma norma-regra (processo não estrutural), terá sua instrução baseada na avaliação da correspondência da construção factual em relação à descrição da norma e à finalidade que lhe dá suporte, assumindo assim um caráter primariamente retrospectivo, uma vez que se verte sobre fatos já previstos e já ocorridos (caracterização valorativa de fatos passados).

Por outro lado, se um processo é movido, de modo imediato, pela busca de um resultado normativo expresso como uma norma-princípio, exigirá uma avaliação da correlação entre o estado de coisas (fim) e os efeitos das condutas necessárias ao seu alcance (meios), assumindo um caráter primariamente prospectivo (futuro), na qual, inclusive, não se analisa unicamente por decorrência lógica da relação meio-fim estabelecida, eis que o tempo e as circunstâncias que circundam a efetivação da relação atuam como fatores de quebra da sua estabilidade.

Tal distinção justifica a diferença da instrução entre um processo não estrutural e um processo estrutural. Nos processos não estruturais, a atividade instrutória se volta para a comprovação da ocorrência de fatos (suportes fáticos concretizados), o que permitirá indicar a incidência de uma norma cujo fato jurídico resultante implicará consequências que, para serem efetivadas, são vistas como objeto mediato do processo. Já nos processos estruturais, a instrução²⁹⁹ se volta, de modo especial, para a avaliação da correlação entre o estado de coisas

²⁹⁶ O que se depreende por exemplo do item “i” do pedido definitivo constante de sua petição inicial. Vide Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 em curso perante o Supremo Tribunal Federal. p. 72.

²⁹⁷ O que se depreende do item “c” do pedido definitivo constante de sua petição inicial. Vide Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 em curso perante o Supremo Tribunal Federal. p. 71.

²⁹⁸ O que se depreende por exemplo do item “i” do pedido definitivo constante de sua petição inicial. Vide Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 em curso perante o Supremo Tribunal Federal. p. 72.

²⁹⁹ Interessante proposta nesse contexto é feita por Sergio Arenhart acerca da utilidade da prova estatística. ARENHART, Sérgio. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. *Revista dos Tribunais*. Vol. 1000, ano 108, p. 451-464.

(fim-objeto mediato do processo) e os efeitos das condutas necessárias ao seu alcance (meios). Ademais, tratando-se de análises que se debruçam sobre o futuro, envolvendo tempo e circunstâncias imprevisíveis, têm suas deliberações sempre numa condição de instabilidade até o efetivo alcance dos efeitos esperados em decorrência do estado ideal de coisas.

Como exemplo da atividade instrutória dos processos não estruturais temos: a) em uma ação de alimentos, se prova uma relação de família, que alguém precisa de alimentos e que alguém pode pagar por eles; b) em uma ação indenizatória, se prova um nexo causal entre uma ação e um dano, e, em regra, se prova ter sido ele culposo; c) em uma ação anulatória de contrato celebrado com um vínculo de consentimento, se provam a existência de um contrato e a ocorrência de um vínculo de consentimento quando de sua celebração. Todos são fatos ocorridos (pretéritos) e imprescindíveis ao deslinde do feito, resultando em análises de uma correspondência dos fatos em relação à descrição de uma norma, a qual prevê de forma imediata a produção de efeitos. Trata-se de uma análise puramente retrospectiva dos fatos.

De outra forma, a atividade instrutória nos processos estruturais é necessária não apenas em uma análise pretérita, sendo útil especialmente em uma análise instrutória presente, para a definição de meios para o alcance de um estado fático futuro (estado de coisas) indicado como objetivo, bem como em uma análise futura, para a certificação do efetivo alcance deste, configurando assim uma atividade instrutória em três momentos.

Como exemplos, em processos judiciais buscando o fim da segregação racial em escolas públicas primárias, uma instrução pretérita se volta para o diagnóstico do estado de coisas existente e suas causas, com base nas quais se definem ações para o alcance do estado de coisas futuro (instrução presente) permitindo uma evolução até fim da segregação racial, cuja certificação decorre de nova atividade instrutória; na reforma de sistemas prisionais que atentam contra a integridade de detentos, uma instrução pretérita se volta para o diagnóstico do estado de coisas existente e suas causas, com base nas quais se definem ações para o alcance do estado de coisas futuro (instrução presente) permitindo uma evolução até fim um sistema prisional que assegura a integridade dos presos e cuja certificação decorre de nova atividade instrutória. O mesmo é possível sustentar na recuperação de áreas ambientais degradadas, na efetivação do direito à educação infantil pelo acesso a vagas em creches, na recuperação judicial de empresas em situação de crise, na melhoria do sistema de saúde pública etc.

Em todos esses casos, os fatos pretéritos não são objeto de prova apenas análises de uma correspondência da construção factual em relação à descrição de uma norma e a

consequente produção de efeitos, mas sim, especialmente, para subsidiar avaliação da correlação entre o estado de coisas (fim) e os efeitos das condutas necessárias ao seu alcance (meios), eis que a avaliação de referida correlação é o que se apresenta como imprescindível ao objeto de instrução. Para tal correlação é necessária uma instrução que faça inicialmente um diagnóstico de um estado de coisas atual e, posteriormente, uma certificação do alcance do estado de coisas futuro e dos efeitos que dele se espera decorrer. E não é só, caso esta última instrução confirme não ter sido alcançado o estado de coisas previsto ou os efeitos dele esperados é possível a reabertura do primeiro momento de instrução para fins de reavaliação do estado de coisas inicial, ao que sucederá nova definição de ações para o alcance do estado de coisas final e por fim uma instrução para certificação do alcance deste e dos efeitos dele esperados, em um verdadeiro ciclo instrutório³⁰⁰.

Do terceiro critério de dissociação (medida de contribuição para decisão), há implicações nos limites da cognição de um processo. Deste critério, se um processo é movido, de modo imediato, pela busca de um resultado normativo expresso como uma norma-regra (processo não estrutural) a qual determina a realização das condutas nela descritas ante uma correspondência factual verificada, este tem pretensão de abranger todos os aspectos relevantes gerando uma solução específica e terminativa para o conflito.

Se, em contrapartida, um processo é movido, de modo imediato, pela busca de um resultado normativo expresso como um princípio (processo estrutural), seu conteúdo é primariamente complementar e preliminarmente parcial, permitindo a busca de uma harmonização com outros estados de coisa decorrentes de outros interesses.

Um bom exemplo para a aplicação desse critério dissociativo nos processos estruturais é a implementação de políticas públicas. Um processo estrutural deve buscar determinado estado de coisas (ex. vagas suficientes em creches públicas), mas admite em sua decisão considerar que a busca por referido fim não utilize como meios os recursos os quais seriam utilizados para manter outros serviços públicos também importantes e já precários (ex. serviços de saúde).

Um processo sobre o mesmo tema, mas que utiliza uma compreensão não estrutural, teria por base apenas a correspondência factual (ausência de vagas) com uma incidência normativa cujo fato jurídico resultante irradiaria o efeito em direito à vaga, ainda que para isso

³⁰⁰Em sentido semelhante, VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2018, ano 43, v. 284, p. 333-369, p.8 (versão eletrônica).

fosse necessário o fechamento de leitos de UTI, eis que a sua pretensão de abrangência não permitiria, via de regra, tal discussão.

Em decorrência desta última distinção entre princípios e regras, cumpre-se em parte a demonstração de tendência policêntrica dos processos estruturais, anteriormente anunciado (item 2.3.4.2). Sendo seu conteúdo primariamente complementar e preliminarmente parcial, permite-se a busca de uma harmonização com outros estados de coisas decorrentes de outros interesses.

3.2.2.3 Distinção entre os elementos e aspectos a serem observados na aplicação das regras e dos princípios e a cognição no processo estrutural

Outra distinção entre normas-princípio e normas-regra, que possui grande relevância para a compreensão da distinção entre processos estruturais e processos não estruturais, diz respeito aos diferentes aspectos e elementos a serem observados quando de sua interpretação e aplicação.

Segundo Humberto Ávila³⁰², enquanto as regras se compõem de uma hipótese e uma consequência, os princípios abrangem o exame de fins e meios.

Para as regras, comparando com discussão que ocorre na seara tributária³⁰³, o autor³⁰⁴ indica os diversos aspectos que tradicionalmente são examinados e relacionados ora à hipótese, ora à consequência - os quais poderiam também, de modo mais geral, ser associados a já referida teoria do fato jurídico sob as denominações de suporte fático (aqui abstrato) e preceito³⁰⁵.

Assim, quanto à hipótese, seria necessário verificar o comportamento previsto (aspecto material, o quê), o período compreendido (aspecto temporal, o quando) e o espaço abrangido (aspecto espacial, o onde). Já no que diz respeito à consequência, é necessário verificar quem são os sujeitos ativo e passivo (aspecto pessoal, o quem) e qual o montante da obrigação (aspecto quantitativo, o quanto).

Exemplificando, sendo previsto em determinada norma-regra que ser proprietário de

³⁰² ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 130-131.

³⁰³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 242.

³⁰⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 130-131.

³⁰⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*: 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 83-117.

imóvel (aspecto material), no município de Salvador (aspecto espacial), em 1º de janeiro de 2019 (aspecto temporal), implica, como consequência, o pagamento pelo proprietário (sujeito passivo) à Fazenda Municipal (sujeito ativo) do montante (aspecto quantitativo) a ser obtido pela aplicação da alíquota de 1% sobre o valor venal do imóvel.

Transpondo referida realidade normativa para o aspecto processual, temos como discussões possíveis as constantes de referidos aspectos, a ocorrência ou não do aspecto material, espacial, temporal, a sujeição ativa ou passiva e o montante devido. E sendo comprovada a ocorrência concreta do suporte fático (hipótese) previsto pela norma-regra, processualmente será possível exigir (efetivar) o cumprimento de seu preceito (consequência), o pagamento.

De outra forma, os princípios possuem elementos diversos e seus aspectos ora se relacionam a fins, ora a meios. Assim, para Ávila³⁰⁶, quanto ao fim, é necessário verificar qual é o sentido atribuído ao estado de coisas (aspecto material - sentido do estado de coisas), a que objeto se refere (aspecto objetivo - o quê do estado de coisas), quem lhe serve de parâmetro (aspecto subjetivo - estado de coisas para quem, na visão de quem e por quem), qual momento é considerado (aspecto temporal – momento de realização e momento de aferição do estado de coisas) e em que medida ele deve ser atingido (aspecto quantitativo – o estado de coisas deve ser promovido em que medida). Já quanto aos meios, deve-se verificar qual é a conduta necessária à promoção do fim (aspecto material – como será alcançado o estado de coisas) e quem deverá adotá-la (aspecto subjetivo – quem irá promover o estado de coisas). A tais aspectos se acrescenta o efeito a ser efetivado pelo alcance do estado de coisas, cuja importância foi sinalizada com base em Wright³⁰⁷⁻³⁰⁸(itens 3.1.2.3 e 3.1.3.2).

Novamente o caso das creches do Município de São Paulo já referido pode servir como exemplo, inclusive em aplicação processual, dado o seu conteúdo de ter como objetivo imediato a realização de um estado de coisas. Assim, se analisam os efeitos, os fins e os meios. Quanto aos efeitos a serem efetivados: o acesso gratuito a vagas em creche para crianças que pleitearem matrícula; quanto aos fins: a) aspecto material: o direito à educação infantil por meio de vagas em creches a 50% da população de zero a 3 (três) anos, conforme previsto no Plano Nacional

³⁰⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 133.

³⁰⁷ WRIGHT, Georg Henrik von. *Rationality: Means and Ends. Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 66.

³⁰⁸ WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical enquiry*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.p. 40.

de Educação - Lei n. 10.172/2001³⁰⁹; b) aspecto objetivo: referidas vagas devem preencher os requisitos qualitativos definidos³¹⁰; c) aspecto subjetivo: c.1 (para quem): para crianças de zero a três anos; c.2 (na visão de quem): na visão do Poder Judiciário, assessorado por um comitê vinculado à Coordenadoria da Infância e Juventude que poderia articular-se com a sociedade civil, outros órgão do tribunal, Defensoria Pública e Ministério Público; c. 3 (por quem): pelo poder público Municipal; d) aspecto temporal: d. 1: a ser realizado no período de 2013-2016, posteriormente prorrogado para 2020; d. 2: aferido a cada 06 meses; e) aspecto quantitativo: disponibilização de 150.000 vagas em creches entre 2013 e 2016 (ante o cumprimento parcial, 106.743, tema foi objeto de acordo, agora para disponibilização de mais 85.500 vagas até 2020); quanto aos meios: a) aspecto material: desapropriações, reforma de prédios, obras de construção civil, contratação de pessoal, transferência de gestão para uma organização social etc (um plano deve propor os meios de modo específico); b) aspecto subjetivo: a ser promovido pela Secretaria de Educação do Município de São Paulo.

Como se verifica da distinção entre os exemplos de processo para efetivação de uma conduta descrita (pagamento uma obrigação tributária) frente a um processo para o alcance de determinado estado de coisas (o acesso gratuito a vagas em creche para crianças que pleitearem matrícula), há relevante distinção nos aspectos que podem ser objeto de discussão. Enquanto naquele, via de regra, é objeto de discussão a comprovação da ocorrência concreta do suporte fático (hipótese) previsto pela norma-regra, na qual, processualmente, será possível exigir o cumprimento de seu preceito (consequência), neste, o objeto da discussão se concentra, em um primeiro momento, na delimitação de aspectos relacionados aos efeitos e ao estado de coisas a ser atingido e, em um segundo momento, da definição das condutas necessárias à realização do alcance do estado de coisas.

Outra construção teórica de grande utilidade no plano normativo diz respeito às denominadas normas de segundo grau. Referida discussão será de grande valia na continuação da sistematização da matéria, sobretudo para fins da instrução no processo estrutural; é o que

³⁰⁹ O plano atual (Lei n. 13.005/2014) manteve o percentual.

³¹⁰ Alguns dos requisitos indicados foram I - a educação em sua integralidade; II a indivisibilidade das dimensões expressivo-motora, afetiva, cognitiva, linguística, ética, estética e sociocultural da criança; IV - o estabelecimento de uma relação efetiva com a comunidade local e de mecanismos que garantam a gestão democrática e a consideração dos saberes da comunidade; VII - a acessibilidade de espaços, materiais, objetos, brinquedos e instruções para as crianças com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades/superdotação; VIII - a apropriação pelas crianças das contribuições histórico-culturais dos povos indígenas, afrodescendentes, asiáticos, europeus e de outros países da América. Vide Acórdão nº 2013.0000792670 da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, julgado em 16/12/2013, p. 40-41.

se passa a analisar.

3.2.3 Normas de segundo grau e a instrução do processo estrutural

3.2.3.1 Normas de segundo grau

A ideia de “postulado normativo” também é essencial à compreensão da produção normativa dos processos estruturais. Para Humberto Ávila, os postulados³¹¹ seriam condições essenciais para a interpretação de outras normas³¹². Segundo o autor, haveria assim os postulados meramente hermenêuticos³¹³ que se destinam à compreensão em geral do Direito e, os postulados aplicativos os quais têm por função estruturar a sua aplicação concreta³¹⁴.

Os postulados normativos aplicativos³¹⁵ são normas sobre a aplicação de outras normas, nesse sentido são qualificados como normas de segundo grau ou metanormas. São normas imediatamente metódicas, não se enquadrando nem como princípio nem como regra³¹⁶.

³¹¹ O que Humberto Ávila denomina postulados, metanormas ou normas de segundo grau por vezes se verificará com conteúdo semelhante e outras denominações conforme a doutrina que se adote. Por vezes técnica, por vezes máxima, em geral princípio. Robert Alexy, por exemplo, denomina o postulado da proporcionalidade de máxima (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Virgílio Afonso da Silva (trad.). 2ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2015, p. 116), Daniel Sarmento denomina o postulado da ponderação de técnica (SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 97) mesma expressão que adota Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Princiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101-135, p. 115), Konrad Hesse, por sua vez, denomina o postulado da concordância prática de princípio (HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 66). Na abordagem que segue, em que pese o predomínio da concepção de Humberto Ávila, também serão adotadas, quando entender pertinente, estas e outras concepções, na medida que possam contribuir para a compreensão da produção normativa dos processos estruturais.

³¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 163.

³¹³ Os postulados hermenêuticos, segundo Ávila, têm utilização necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento, podendo funcionar para suportar diferentes alternativas de aplicação normativa. Seriam exemplos de postulados hermenêuticos o postulado da unidade do ordenamento jurídico, o postulado da coerência e o postulado da hierarquia. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 165-179.

³¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 164.

³¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 164.

³¹⁶ Tal constatação decorre, entre outras razões dado que: a) situado em outro nível, aqueles, orientadores da aplicação; estes, objeto de aplicação; b) possui distintos destinatários, aqueles direcionados ao intérprete e aplicador do Direito; estes direcionados aos sujeitos de direito³¹⁶ enquanto necessariamente referíveis em todo

São condições para a compreensão concreta do Direito, deveres estruturantes da aplicação de outras normas³¹⁷, estabelecendo uma vinculação entre elementos e impondo determinada relação entre eles³¹⁸.

Entre os postulados normativos aplicativos há aqueles que são aplicáveis independentemente dos elementos que serão objeto de relacionamento, tendo ainda critérios não específicos. Assim, por exemplo, o postulado da ponderação exige o sopesamento de quaisquer elementos não indicando ainda como deve ser feito esse sopesamento. No mesmo sentido, os postulados da concordância prática, da proibição do excesso ou da maximização. Tal espécie de postulado normativo é denominado por Ávila de inespecíficos ou incondicionais³¹⁹.

Outros postulados há, todavia, cuja aplicação depende da existência de determinados elementos sendo ainda pautados por determinados critérios, sendo exemplo a igualdade, a exigir um relacionamento entre dois sujeitos em função de um critério discriminador para determinado fim, ou ainda, a razoabilidade, aplicável a situações em que se verifica um conflito entre o geral e o individual, a norma e a realidade ou um critério e uma medida. Tais postulados são denominados por Ávila³²⁰ de postulados específicos ou condicionais.

Os postulados hermenêuticos possuem relevância tanto para os processos estruturais quanto para os processos não estruturais, não assumindo maior especificidade aos objetivos distintivos deste trabalho.

Em contrapartida, há dois postulados aplicativos inespecíficos e um postulado aplicativo específico que apresentam peculiar importância para a instrução dos processos estruturais, e assim complementam o que até aqui foi apresentado. Aqueles, os postulados da ponderação e da concordância prática, auxiliarão na instrução processual nos casos em que é necessário deliberar sobre os fins (estados de coisa). Este, o postulado da proporcionalidade,

suporte fático; c) se relaciona de modo distinto com outras normas, orientam a aplicação de princípios e regras sem conflituosidade necessária com outras normas, justamente por se situar em outro nível, aqueles implicam-se reciprocamente, ora de modo preliminarmente complementar (princípios), ora preliminarmente decisivo (regras). ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 164.

³¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 176-177.

³¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 184.

³¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 184-192.

³²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 184-192.

estará sempre presente na instrução processual ante a existência da necessidade de se analisar e decidir se o meio é capaz de realizar o fim (adequação), se é o menos restritivo entre os possíveis (necessidade) e se as desvantagens que provoca são inferiores às vantagens permitidas pelo fim (proporcionalidade em sentido estrito), bem como se o fim definido é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito ao alcance dos diretos que busca efetivar. Assim, na sequência serão estudados referidos postulados normativos aplicativos.

3.2.3.2 Os postulados da ponderação, da concordância prática e da proporcionalidade na definição do fim (estado de coisas) a ser alcançado

3.2.3.2.1 O postulado da ponderação e a definição de um estado de coisas entre os possíveis

O postulado da ponderação é o método utilizado para atribuir pesos a elementos, sendo possível falar, por exemplo, de ponderação de bens jurídicos, interesses, valores e princípios³²². De modo a alcançar o sucesso do método, a doutrina³²⁴ defende uma estruturação da ponderação por meio das etapas da preparação, da realização e da reconstrução da ponderação. Na etapa de preparação, analisam-se exaustivamente os elementos e argumentos que interessam ao sopesamento; na etapa de realização, atribuem-se, com fundamentação, os pesos dos objetos em sopesamento, e, se for o caso, aponta a primazia de um em relação ao outro. Por fim, pela reconstrução, realiza-se uma formulação de regras de relação, com pretensão de validade para além do caso.

No processo estrutural, a ponderação é utilizada para os casos em que não se encontra um fim estabelecido previamente, sendo necessário deliberar, processualmente, acerca do fim a ser buscado, quando mais de uma opção se apresenta possível. No item 3.1.2.3, sustentou-se

³²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 186-187.

³²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.237. SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 97-106. BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. A nova intepretação constitucional dos princípios. In: LEITE, George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101-135, p. 117-118. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 186-187.

com base nos estudos de Georg H. von Wright³²⁶ que o termo *Zweckrationalität* poderia abranger uma forma de racionalidade que ele denomina uma busca de fins como um meio para o alcance de outros fins. O fim seria então considerado como uma espécie de “estrutura” (estado de coisas na linguagem deste trabalho) a ser alcançada, não como um fim em si mesmo, mas por alguns efeitos que sua obtenção permitirá. Uma deliberação para escolha entre as “estruturas” possíveis é o que pode vir a ser sopesado na primeira fase de um processo estrutural.

Na fase de preparação da ponderação entre fins e fins (e para delimitação do fim a ser perseguido) estes devem ser submetidos a uma análise comparativa dos efeitos prováveis (vide item 3.1.3.2) a curto, médio e longo prazos, considerando os benefícios e prejuízos diretos e indiretos, entre outros elementos que possam interessar ao sopesamento. Na fase de realização da ponderação, procede-se ao confronto entre as análises realizadas, alcançando o devido sopesamento e estabelecendo a primazia de um fim em relação aos demais, e, na fase de reconstrução, (que mais interessa ao aspecto normativo que ao prático) resta formulada a regra de relação entre os fins com base no sopesamento procedido.

Um exemplo pode auxiliar na compreensão. Em um processo estrutural que vise garantir o direito à moradia (estabelecido no art. 6º da Constituição Federal) a discussão pode iniciar-se com a delimitação do fim (estado de coisas) que permitirá alcançar, como efeito, referido direito. De início, surgem no processo ao menos dois fins que permitem alcançá-lo: a) a construção e a facilitação da aquisição de moradias, inclusive mediante financiamento bancário, modelo que tem sido adotado no Brasil; b) o acesso a auxílios e benefícios que facilitem a locação de moradias sociais, modelo implementado por outros países³²⁸ como França, Inglaterra e Holanda.

Deste modo, numa primeira fase de preparação para a ponderação, devem ser indicados os elementos e argumentos que podem interessar à ponderação como o tempo de implementação para garantia do direito, custo para o poder público, potencial para geração de

³²⁶ WRIGHT, Georg Henrik von. Rationality: Means and Ends. *Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 61-62.

³²⁸ Conforme apontam Marina Sanders Paolinelli e Rafaela Guimarães Costa, a França possui 5,5 milhões de unidades de habitação social (habitation à loyer modéré) representando 18% das moradias do país. A Inglaterra possui 17% de suas habitações voltadas ao setor (nas concil houses ou nas housing associations) percentual muito próximo ao dos aluguéis de mercado que são responsáveis por 19% do setor. Na Holanda, onde os dados mais impressionam, a locação social por meio das housing associations representam cerca de 35% do estoque de moradias do país, sendo de apenas de 7% o aluguel de mercado e 58% as moradias decorrentes de casa própria. PAOLINELLI, Marina Sanders. COSTA, Rafaela Guimarães. *Locação Social, por que não?* Escola de Arquitetura da Universidade Federal de Minas Gerais, 2015.

emprego e renda, existência de imóveis públicos ociosos (passíveis de locação), existência de imóveis particulares vazios, histórico de famílias beneficiadas pela aquisição de imóveis e que voltam a situação de ausência de moradia, entre outros. Em um segundo momento, pondera-se entre a ser adotado optando ou por um programa que busca facilitar a aquisição de moradias ou por um programa que vise permitir a moradia social por meio de locação. Na fase de reconstrução resta formulada a regra de relação entre os fins com base no sopesamento procedido.

3.2.3.2.2 O postulado da concordância prática e a definição do estado de coisas

O postulado da ponderação se revelou útil na escolha entre os estados de coisas possíveis quando mais de um se apresenta como “estrutura” proporcional ao alcance dos outros fins necessários (itens 3.1.2.3 e 3.1.3.1). Após sua compreensão, o postulado da concordância prática também se mostrará útil em outro aspecto da definição do estado de coisas, o seu conteúdo.

O postulado da concordância prática tem lugar na busca pela realização máxima de elementos que se entrelaçam em sentido total ou parcialmente contrários³²⁹ devendo, no caso concreto, evitar o sacrifício total de uns em benefício dos outros³³⁰. Nas palavras de Konrad Hesse, “onde nascem colisões (...) a *ambos* os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar à eficácia ótima”³³¹.

No item 3.1.2.3, sustentou-se, com base nos estudos de Georg H. von Wright³³², que o termo *Zweckrationalität* poderia abranger uma forma de racionalidade na qual o fim seria então considerado como uma espécie de “estrutura” (item 3.1.3.1, estado de coisas na linguagem deste trabalho) a ser alcançada, não como um fim em si mesmo, mas por alguns efeitos que sua obtenção permitirá. Uma deliberação acerca do conteúdo desta “estrutura” é o

³²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 186-187.

³³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.225. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direito Fundamentais*. 3^a ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 61.

³³¹ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 66.

³³² WRIGHT, Georg Henrik von. Rationality: Means and Ends. *Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 61-62.

que pode ser objeto da concordância prática.

Uma recuperação judicial pode se apresentar como um bom exemplo.

Em uma Recuperação Judicial há diversos grupos de interesse: trabalhadores, fornecedores, instituições financeiras, sócios da recuperanda, a própria recuperanda, sendo possível falar até mesmo em subgrupos (ex. credores quirografários, credores extraconcursais, credores com garantia real etc.). Tais grupos possuem, ao menos parcialmente, interesses conflitantes. A definição do estado de coisas a ser buscado deve ser resultado de uma concordância prática entre todos os interesses, conforme o grau de proteção que lhes é deferida pelo ordenamento.

3.2.3.2.3 O postulado da proporcionalidade e a definição do estado de coisas

Também o postulado da proporcionalidade se apresenta necessário à definição do estado de coisas a ser alcançado.

Conforme já se sustentou (item 3.1.2.3), a racionalidade referente a fins abrange uma busca de fins como um meio para o alcance de outros fins. O fim seria então considerado como uma espécie de “estrutura” (estado de coisas) a ser alcançada, não como um fim em si mesmo, mas por alguns efeitos que sua obtenção permitirá.

Existindo uma relação entre meio e fim que se estabelece entre o estado de coisas e os efeitos que seu alcance permitirá, a proporcionalidade revelará se o estado de coisas definido como fim é adequado, necessário e proporcional ao alcance dos efeitos que dele são esperados. O exame da proporcionalidade será feito a seguir, por entender tratar-se de espaço mais adequado para tanto, mas fica o registro de sua aplicabilidade também aqui, para fins de definição do estado de coisas a ser alcançado.

Decidido o fim (estado de coisas), passa-se ao exame dos meios que podem estruturá-lo, com base no postulado da proporcionalidade e seus exames fundamentais e, assim, prossegue também o presente trabalho.

3.2.3.3 *O postulado da proporcionalidade e seus exames fundamentais*

3.2.3.3.1 Adequação

O exame³³⁴ da proporcionalidade³³⁵, que permitirá compreender a escolha do meio a ser executado na busca pelo fim (estado de coisas), inicia-se com o estudo da adequação. Pela adequação temos o exame sobre o potencial do meio em análise, em alguma medida, qualidade e probabilidade, levar à realização do fim. Assim, é possível avaliar se um meio promove um fim em que medida (intensidade do alcance), com qual qualidade (forma de alcance) e com qual probabilidade (segurança no alcance)³³⁶⁻³³⁷.

Já foi examinado um exemplo constante das discussões travadas na ADPF 347: um discurso de Darcy Ribeiro, que indicou, entre as formas de tratar o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário nacional, o aumento das vagas em escolas³³⁸. Desse modo, o exame da adequação exigiria uma justificativa quantitativa, qualitativa e de probabilidade de alcance do fim para escolha deste meio.

Em um processo estrutural, a proporcionalidade não exige de tal exame que o meio escolhido seja o mais intenso, o melhor ou o mais seguro³³⁹, eis que outros dois exames (necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) podem justificar outra escolha. O necessário é que o meio escolhido promova, em alguma medida, com alguma qualidade e alguma segurança, a realização do fim³⁴⁰.

³³⁴ Os exames fundamentais na doutrina também são denominados subprincípios (BONAVIDES, Paulo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 34, 1994. p. 275-291, p. 279. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 269. SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 97) ou máximas parciais (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Virgílio Afonso da Silva (trad.). 2ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2015, p. 116).

³³⁵ No contexto das políticas públicas, em artigo que trata de casos reconhecidos em doutrina como processos estruturais, também Ada Pellegrini Grinover sustenta a necessidade de utilização da proporcionalidade. GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448, p. 437.

³³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 210.

³³⁷ Ideia em parte já referida com base em, WRIGHT, Georg Henrik von. *Rationality: Means and Ends. Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 59

³³⁸ ADPF 347 Mc, Relator(A): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico dje-031 divulg 18-02-2016 public 19-02-2016, p. 124.

³³⁹ SILVA, Virgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. n. 798, 2002, p. 23-50, p. 37. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 211.

³⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 34, 1994. p. 275-291, p. 279. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria*

Humberto Ávila³⁴¹ indica ainda a análise da adequação em três dimensões. Uma primeira dimensão entre abstração e concretude. Naquela, o meio é adequado se potencialmente promover o fim; nesta, é adequado se concretamente promover o fim. Uma segunda dimensão entre generalidade e particularidade: naquela, é adequado se geralmente promove o fim e, nesta, é analisado se, de modo particular, promove o fim, sendo adequado se, em todos os casos, particularmente, promove o fim. Uma terceira dimensão diferencia entre uma análise antecedente ou posterior da adequação: naquela, a medida é compreendida como adequada no momento em que adotada; nesta, no momento em que julgada.

A aplicação desse raciocínio permite verificar que o processo estrutural exige, na primeira dimensão, uma adequação concreta, eis que, conforme se dissertou (item 3.2.2.2), a realização das condutas definidas processualmente, caso não implique o alcance do estado de coisas definido como objeto mediato do processo, conquanto por circunstâncias externas (supervenientes ou não), indicará que os meios foram inadequados ao alcance do fim.

Na segunda dimensão, dada a natureza de buscar um fim enquanto “estrutura” (estado de coisas) para efetivação de efeitos (como definido no item 3.1.2.3), o alcance do estado de coisas previsto implica igual eficácia para todos que estejam na mesma circunstância. Bons exemplos vêm das ações com pleito de vagas de UTI ou o pleito por vagas em creches. A busca da reestruturação do sistema de saúde de determinado município que permita a existência de mais leitos ou o aumento do número de vagas em creches o é para todos, particularmente.

Como terceira dimensão da adequação, temos que a análise da adequação dos meios para a promoção do processo estrutural deve ser feita em ambos os momentos. Inicialmente, em uma fase processual de definição dos meios e, posteriormente, com base nos resultados alcançados. Novamente o caso das creches do Município de São Paulo, pode-nos servir como exemplo. Nele foi indicado (item 3.2.2.3) quanto aos fins, conforme previsão do Plano Nacional de Educação, o atendimento de 50% da população de zero a 3 (três) anos. Tomando por base referido percentual fora entendido como adequado o fim o constante do acordo firmado em 2017, a disponibilização de 85.500 vagas até 2020. Um plano que permita alcançar referido número de vagas será um meio adequado, se, ao ser definido, permitir atender ao fim, e, após sua execução no prazo previsto, também o seja.

da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 269. SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 87.

³⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 212-213.

A instrução de um processo estrutural exige o exame da adequação para que se verifique, de modo concreto, particular, antecedente e posterior, se o meio escolhido promove em alguma medida, com alguma qualidade e alguma segurança a realização do fim.

3.2.3.3.2 Necessidade

A necessidade é analisada levando em comparação distintos meios possíveis para a promoção do fim, exigindo a adoção daquele que menos restrinja os direitos colateralmente³⁴³ afetados. Inicialmente, deve-se buscar uma comparação entre distintos meios, para se comparar a promoção do fim por um e outro em intensidade, em qualidade e probabilidade (adequação). Posteriormente, se pondera entre tais meios o grau da restrição a direitos colaterais implicados e, assim, se dá mais um passo na definição dos meios a serem definidos na busca pelo estado de coisas, optando por aquele menos restritivo³⁴⁴.

Um bom exemplo envolvendo os processos estruturais são os casos nos quais uma grande instituição financeira, com poder de mercado relevante, acaba autuada por cometer infrações. Muitas vezes, um meio previsto para solução do caso por intermédio de uma norma-regra, implicaria encerramento das atividades de referida instituição, o que poderia implicar restrição a diversas outras pessoas, e, até mesmo, à economia de modo geral.

Casos difíceis como esse ficaram conhecidos no debate estadunidense e europeu como “grande (a empresa) demais para quebrar”³⁴⁶. Nesses casos, opta-se por intervir na instituição, recompondo sua gestão, punindo os gestores anteriores, além de uma reestruturação da instituição para uma atuação sem cometimento de infrações, em um verdadeiro processo estrutural. Trata-se de meio que restringe menos os direitos colaterais afetados.

Outro exemplo, é a intervenção prevista na Constituição Federal (art. 34 e seguintes).

³⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 118. BONAVIDES, Paulo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 34, 1994. p. 275-291, p. 280. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270. SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 88. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 216-219.

³⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 120.

³⁴⁶ Sobre o tema, no contexto dos processos estruturais veja-se: OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, Nem “Nada” - Decisões Estruturais e efeitos jurisdicionais complexos, In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202.

A intervenção é apresentada como meio para diversos fins (inc. I ao VI). Ocorre que, na forma do §3º do art. 36 da Constituição, o decreto, em substituição à nomeação de interventor, pode se limitar “susometer a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade”. A nomeação do interventor seria mais restritiva que a simples suspensão do ato impugnado. Esse parece ser um caso em que o exame da necessidade implica uma não utilização de um processo estrutural.

A instrução de um processo estrutural exige o exame da necessidade para que se verifique se, entre os meios disponíveis, considerando a intensidade, qualidade e probabilidade com que realizam os fins (adequação), seja ponderada a escolha por um meio que restrinja em menor medida possível (necessidade) os direitos colaterais afetados.

3.2.3.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O exame da proporcionalidade em sentido estrito requer a comparação³⁴⁷ entre as vantagens obtidas com o alcance do fim e as desvantagens provocadas pelo meio³⁴⁸. Trata-se do que se afirmou com as palavras de Wright como o preço a pagar pelo alcance do fim³⁴⁹(item 3.1.2.2).

Novamente o exemplo vem dos casos de intervenção federal. Uma das hipóteses de intervenção federal autorizada pela Constituição Federal é decorrente do descumprimento de ordem judicial (art. 34, VI da CF), com base na qual, muitas vezes, a intervenção é pleiteada com fundamento no não pagamento de precatórios. Enfrentando o tema, o STF entendeu em determinado caso³⁵⁰, com base no princípio da proporcionalidade, que as restrições a serem provocadas pela intervenção, com o sacrifício de inúmeros outros bens jurídicos de base

³⁴⁷ ALEYX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 116.

³⁴⁸ ALEYX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 117. BONAVIDES, Paulo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 34, 1994. p. 275-291, p. 280. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270. SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 89. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 219-220.

³⁴⁹ WRIGHT, Georg Henrik von. Rationality: Means and Ends. *Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 61-62.

³⁵⁰ IF 2915, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2003, DJ 28.11.2003.

constitucional (inclusive a continuidade da prestação de serviços públicos) seriam maiores que o objetivo de ter adimplidas as obrigações de natureza alimentícia. Esse parece ser um caso em que o exame da proporcionalidade em sentido estrito implicou a não utilização de um processo estrutural.

A instrução de um processo estrutural exige o exame da proporcionalidade em sentido estrito, para que se verifique se as desvantagens e restrições provocadas pelo meio escolhido são menores que as vantagens do alcance do fim.

Como síntese das características do processo estrutural em referência às normas, é possível afirmar que: a) ao buscar de modo imediato um estado de coisas é um processo movido, inicialmente, pela produção de normas-princípio que permitam fixá-lo; b) para o alcance do estado de coisa fixado, o processo produz, em um segundo momento, normas-regra visando a condutas proporcionais ao alcance daquele; c) exige, como objeto de cognição, a deliberação sobre os comportamentos a serem efetivados pelos destinatários da norma a fim de alcançar o estado de coisas ideal; d) uma instrução que se volta para a avaliação da correlação entre o estado de coisas (fim-objeto mediato do processo) e os efeitos das condutas necessárias ao seu alcance (meios); e) dado seu conteúdo normativo primariamente complementar e preliminarmente parcial, permite a busca de uma harmonização com outros estados de coisa; f) um instrução que pode exigir o uso dos postulados da ponderação, da concordância prática e da proporcionalidade na definição do estado de coisas a ser alcançado; g) uma instrução que exige o uso do postulado da proporcionalidade na definição dos meios a serem empregados para o alcance do estado de coisas;

3.3 DOS DIREITOS NO PROCESSO ESTRUTURAL

3.3.1 Características dos direitos tutelados e efetiváveis em decorrência do processo estrutural

O processo estrutural supõe uma alteração da racionalidade entre fatos, normas e efeitos, que o impulsiona como processo (de causa-efeito para meio-fim), conforme visto.

Do ponto de vista fático, aperfeiçoando ideia ressaltada por Mariela Puga³⁶⁵, verificou-se (item 3.1) a existência de situações em que se exige uma transição entre estados de coisas, a partir do qual se possibilitará a efetivação de comandos normativos.

Do ponto de vista normativo, e como base nas ideias propostas por Freddie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira³⁶⁶, semelhantes às de Sérgio Arenhart, que as enunciou de modo menos específico³⁶⁷, demonstrou-se (item 3.2) que a busca de um novo estado de coisas implica um processo que produz inicialmente normas-princípio, de modo a definir o estado de coisas a ser alcançado e, posteriormente, normas-regra, de modo a definir e efetivar as condutas necessárias ao alcance daquele.

No que diz respeito aos efeitos, convém a análise das situações jurídicas que são objeto de um processo estrutural, de modo mais específico: dos direitos tutelados em um processo estrutural.

3.3.1.1 direitos que se tutelam no mundo dos fatos e de modo específico

A necessidade de se pensar o processo em vista de uma tutela dos direitos³⁶⁸ exige distinguir as espécies de direitos tutelados quando se trata de um processo estrutural.

O processo, como técnica, deve possibilitar uma tutela (aqui entendida como

³⁶⁵ PUGA, Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013. p. 29-31.

³⁶⁶ DIDIER JR., Freddie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 354-368.

³⁶⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410. p. 400.

³⁶⁸ Sobre a necessidade de um processo adequado à tutela dos direitos, em um contexto geral não vinculado aos processos estruturais, entre outros: PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4^a ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2002, p.4-9. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: art. 461, CPC e 84, CDC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 59-70. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 29-44. MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. *Revista de Processo*, v. 39, n. 229, p. 51-74, mar. 2014, p. 63. No contexto específico dos processos estruturais: ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410, p. 398. FERRARO, Marcela Pereira. Litígios Estruturais: Entre técnica processual e tutela dos direitos. In: ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. (coord). DOTTI, Rogéria.(org). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 665-682, p. 667-669. MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 4^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 534.

resultado) adequada ao direito material. O fim do processo precisa ser identificado a partir das necessidades do direito material e do resultado que o processo deve proporcionar para atendê-las³⁶⁹.

Casos há em que a tutela do direito não exige, por si só, a prática de atos no mundo físico, efetivando-se sem a necessidade de atos materiais, apenas no plano normativo³⁷⁰. Na classificação das ações, aí se enquadrariam: a) as ações meramente declaratórias, em que apenas se busca a declaração da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica (ex. a interpretação de uma cláusula contratual ou a inexistência de uma relação jurídica tributária) ou da autenticidade/falsidade de um documento (art. 19 do CPC) e; b) as ações constitutivas³⁷¹ por meio da qual se busca a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas (ex. a anulação de um negócio jurídico ou investigação de paternidade).

Em contrapartida, em muitos casos, a tutela do direito exige a prática de atos no mundo físico, efetivando-se por meio da prática de atos materiais. São os direitos em que há um dever de prestação³⁷², os quais exigem realização no mundo dos fatos. Em caso de descumprimento da prestação prevista, surge para o titular a pretensão de exigir uma conduta (fazer, um não fazer ou um dar, art. 189 do Código Civil), tem-se lugar a necessidade de uma execução. Os direitos a uma prestação são associados, na classificação ternária das ações, às ações condenatórias³⁷³, e podem ser exemplificados por um direito de crédito, uma obrigação de construir escolas ou uma obrigação de restituir de modo específico ou pelo equivalente em

³⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 112-115.

³⁷⁰ Marinoni distingue assim entre sentenças autossuficientes e não autossuficientes, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 115-116. Sérgio Arenhart as distingue entre tutelas que operam exclusivamente no plano jurídico e tutelas que operam no mundo concreto. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 93-99.

³⁷¹ São ações relacionadas aos denominados direitos potestativos nos quais uma simples declaração, nas palavras de Pontes de Miranda, tem o condão de “influir na esfera jurídica de outrem adquirindo, modificando ou extinguindo direitos, pretensões, ações e exceções”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t.5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 297. Em tais direitos não se verifica um correspondente dever de prestar determinada conduta ação ou omissão, havendo apenas uma posição de sujeição, nesse sentido veja-se VILANOVA, Lourival. *Causalidade no Direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 231.

³⁷² Conforme anota Lourival Vilanova, se enquadram aqui os direitos subjetivos que têm por conteúdo a conduta de outrem (ação ou omissão). VILANOVA, Lourival. *Causalidade no Direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 219.

³⁷³ Caso se adote a classificação quinária das ações aí se incluiriam ainda as ações mandamentais e executivas. A classificação quinária é atribuída a Pontes de Miranda para quem “A ação é *classificada conforme aquilo que se espera da sentença, se a ação for julgada procedente*. Se de força eficacial declarativa a sentença que se espera, declarativa chama-se a ação. Se constitutiva a eficácia da sentença que se espera, constitutiva chama-se a ação. Se condenatória, mandamental, ou executiva a sentença que se espera, condenatória, mandamental ou executiva diz-se a ação.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. t.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 135.

dinheiro.

Se afirmou que o processo estrutural tem lugar em situações nas quais a realização do direito material exige uma transição até o alcance de um estado fático (o estado ideal de coisas), a partir do qual se possibilita sejam efetivados os efeitos (aqui inclusos os direitos) previstos pelo ordenamento. A necessidade de uma concretização no mundo físico permite de logo afastar o processo estrutural de provimentos que não exigem uma realização no mundo material. Dado não ter por essência uma transformação no plano dos fatos, os direitos passíveis de tutela mediante os provimentos decorrentes de ações constitutivas e de ações meramente declaratórias não requerem, como técnica, um processo estrutural salvo se, e na medida em que, tiverem por efeito anexo ou forem condição para o exercício do direito a uma prestação, este sim tutelável de modo estrutural.

A ressalva deve ser feita e é importante.

Deve ser feita porque se tem admitido na doutrina, na jurisprudência, inclusive ante a interpretação dos dispositivos normativos relacionados que, mesmo as ações declaratórias, podem dar ensejo à execução (cumprimento de sentença)³⁷⁴. São exemplos as ações declaratórias que declaram o direito a uma prestação já exigível, nas hipóteses do art. 20 do CPC. Raciocínio semelhante e ainda mais usual se verifica na ação constitutiva³⁷⁵, dado que, muitas vezes, geram, como efeito anexo, o direito a uma prestação, que pode ser objeto da execução (cumprimento de sentença). Seria exemplo o direito de devolução da coisa decorrente da anulação de um negócio jurídico cujas partes deverão ser restituídas até “o estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente” (art. 182 do CC).

É importante porque em diversos processos estruturais é possível verificar a existência de uma fase procedural que se conclui com uma declaração ou com uma constituição.

³⁷⁴ Vide a respeito: ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 28, n. 109, p. 45-56, jan./mar. 2003. DIDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito civil, parte geral e processo de conhecimento. 18^a ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 297-298. Também o art. 515, I do CPC, reforça a possibilidade ao afirmar como título executivo judicial “as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa” não distinguindo no particular que o reconhecimento tenha ocorrido por meio de uma ação condenatória ou declaratória. Pacificando a matéria no STJ, em recurso representativo de controvérsia, vide o REsp 1114404/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/02/2010, DJe 01/03/2010.

³⁷⁵ Na doutrina veja a respeito DIDIER Jr., Freddie. Sentença constitutiva e execução forçada. *Revista de Processo*, ano 33, v. 159, p. 65-76, 2008.

Assim, por exemplo, é possível citar a teoria do estado de coisas inconstitucional³⁷⁶, em que se certifica uma inconstitucionalidade previamente ao início da execução dos atos que buscam reestruturar o estado de coisas para que este se torne constitucional. Semelhante declaração se verificou no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*³⁷⁷ e no caso *Holt v. Sarver*³⁷⁸. O mesmo parece ocorrer com os casos empresariais de Recuperação Judicial e Falência por meio da decisão que defere o pedido de processamento ou a quebra.

O importante é separar os casos em que a declaração ou a constituição, constante do provimento judicial, é suficiente, por si só, para tutelar o direito, não sendo exigido nenhuma providência material no mundo concreto dos casos nos quais a declaração e a constituição constantes do provimento judicial são apenas etapas para a efetiva tutela do direito³⁷⁹, que apenas ocorrerá no plano material-fático, após a tomada de providências processuais executivas³⁸⁰. Estes últimos são os únicos em que se justifica analisar a necessidade ou não da tutela do direito ocorrer mediante um processo estrutural. É sobretudo para esses que se apresenta necessário o processo possuir técnicas idôneas para tanto.

Mas não basta que o direito exija ser efetivado no mundo físico. O processo estrutural é ainda uma técnica para a tutela específica do direito, uma tutela que visa proporcionar o “resultado prático atingível por meio do adimplemento, isto é, da não violação do direito ou interesse tutelado³⁸²” e caso não de modo preciso, com a “maior coincidência possível³⁸³”. O processo estrutural não se presta a uma tutela pelo equivalente em dinheiro, salvo como consequência reflexa, sendo adequado, sobretudo, para os casos em que uma tutela distinta da específica implica uma “denegação de tutela” ou um “melancólico ‘prêmio de consolação’”³⁸⁴.

³⁷⁶ Sentencia T-025/04 da Corte Constitucional de Colômbia, Sentencia T -153, de 28 de abril de 1998, da Corte Constitucional de Colômbia e ADPF 347 Mc, Relator(A): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015.

³⁷⁷ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

³⁷⁸ *Holt v. Sarver* (300 F. Supp. 825 - ED. Ark. 1969)

³⁷⁹ Aqui se verifica uma maior utilidade para o tema em uma classificação das tutelas frente a uma classificação das ações.

³⁸⁰ Distinção semelhante já estava presente em Doug Rendleman ao tratar da distinção entre *injunctions and declarations*. RENDLEMAN, Doug R. Prospective Remedies in Constitutional Adjudication. *West Virginia Law Review*. V. 78. N. 2, 1976.p. 161.

³⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 31.

³⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 215.

³⁸⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 32.

385 .

Conforme se indicará no tópico a seguir, quando a tutela específica for impossível de se efetivar imediatamente, o processo estrutural se apresenta como ponte para um estado de coisas futuro em que ela se torne possível.

3.3.1.2 direitos que exigem o tempo destinado ao alcance de um estado de coisas

Há direitos que, mesmo reconhecidos e já juridicamente eficazes, não podem ser efetivados de modo imediato no mundo físico por questões de fato. Isso precisa ser compreendido, sob pena de serem utilizados meios que podem possuir efeito inverso ao pretendido³⁸⁶.

Novamente o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*³⁸⁷ serve como exemplo. A Suprema Corte do Estados Unidos, considerando que o regime de segregação racial nas escolas públicas gerava nas crianças um dano psicológico decorrente de um sentimento de inferioridade, decidiu por sua constitucionalidade³⁸⁸. Mas a corte entendeu que não era possível “ainda³⁸⁹” dar efetividade ao decidido. De fato, como aponta a doutrina, a exigência de que a integração fosse efetuada da noite para o dia não resultaria em proteção alguma³⁹⁰. Era preciso um tempo para reestruturar o sistema de ensino de modo que o regime integrado necessário não implicasse maior dano psicológico; era preciso alterar o estado de coisas (estado fático) existente mediante novos procedimentos para escolha de alunos, novos procedimentos para construção de escolas, substituição dos corpos docentes, revisão do sistema de transportes

³⁸⁵ RENDLEMAN, Doug R. The Inadequate Remedy at Law Prerequisite for an Injunction. *University of Florida Law Review* n. 33, 1981, p. 346-358. Doug Rendleman analisa os fatores em que não é adequada uma tutela pelo equivalente em dinheiro classificando entre fatores econômicos, fatores morais e fatores administrativos.

³⁸⁶ Cite-se por exemplo a exigência de implementação de políticas públicas imediatamente impossíveis e muitas vezes buscadas “sob pena de multa”. Vide a respeito crítica de Eduardo José da Fonseca Costa. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “Execução Negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, ano 37, v. 212, p. 25-56, p. 31.

³⁸⁷ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

³⁸⁸ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955)

³⁸⁹ RENDLEMAN, Doug R. *Brown II "All Deliberate Speed" at Fifty: A Golden Anniversary or A Mid-Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy?* *San Diego Law Review*. V.41, 2004, p. 1575-1616., p. 1585-1586. O autor identifica que o tribunal não ordenou uma injunção imediata, apenas iniciou um período de transição dizendo aos juízes que mantivessem a jurisdição sobre as ações judiciais até que a implementação da decisão.

³⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.465.

com novas rotas e distâncias, modificação do currículo etc.

O mesmo se diga no caso das cirurgias ortopédicas no Estado do Ceará na já citada Ação Civil Pública que busca reestruturar a saúde pública no Estado. Enquanto não existe um sistema de saúde com maior capacidade, foram organizadas filas³⁹¹ nas quais os pacientes são chamados por ordem de indicação cirúrgica ou clara categorização de risco, tudo isso devidamente homologado judicialmente. Ficou reconhecido que o direito à saúde pela realização de cirurgias ortopédicas no Estado do Ceará não implica, “por ora”, um direito a ser efetivado de forma imediata, embora o processo já tenha tratado e continue tratando dos diversos entraves fáticos, que implicam a não efetivação imediata do direito à saúde.

Nos dois exemplos, o direito certificado apresenta o tempo até o alcance do estado de coisas ideal como elemento necessário, exigindo uma alteração dos fatos para a sua efetividade. Referida consideração sobre o tempo é elemento imprescindível à configuração de um processo como estrutural. Aqui, “ainda”, não há um direito que se possa efetivar imediatamente. Para o tratamento desses direitos, por uma alteração no plano dos fatos que permita progressivamente o alcance de sua efetivação, há o processo estrutural.

À característica de um direito que não pode ser efetivado de modo imediato por questões de fato, acrescente-se a qualidade da questão de fato necessária ser um estado de coisas futuro o qual, à proporção que alcançado, tem por consequência a possibilidade da efetivação na mesma graduação dos direitos que se busca efetivar. Afirmou-se (item 3.1.3.1) que o estado de coisas se apresenta como uma estrutura para efetivação de efeitos. Para o alcance desta estrutura, há o direito de exigir o que se denominou transição entre estados de coisa, *pTq*, a qual descreve uma transição T de um p-mundo para o q-mundo³⁹²

Implica-se assim uma relação entre direitos com um conteúdo complexo e dinâmico ao longo do tempo. Há direitos a uma prestação que se tutelam no mundo dos fatos e de modo específico e há o contradireito ao estado ideal de coisas, sendo efetivado aquele, proporcionalmente ao alcance deste.

No exemplo das cirurgias ortopédicas do Estado do Ceará tem sido buscado um estado

³⁹¹ JFCE. Processo nº 0811930-91.2016.4.05.8100. Decisão interlocatória. Juíza Cintia Menezes Brunetta. 22/11/2017.

³⁹² WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical enquiry*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.p. 28.

de coisas que permita a efetividade dos direitos à realização das cirurgias³⁹³. À medida que se alcança o estado de coisas (e em consequência se permite a realização de um maior número de cirurgias), este se reduz enquanto contradireito ao direito de exigir do Poder Público a realização de cirurgias ortopédicas no Estado do Ceará.

3.3.2 A tutela estrutural como um meio para o alcance das tutelas específicas

3.3.2.1 As tutelas inibitória, reintegratória (ou remoção do ilícito) e ressarcitória

Sustentou-se (item 3.3.2.1) acerca do processo estrutural ser ele adequado aos direitos que se realizam no mundo dos fatos e, mais do que isso, como aqueles nos quais uma tutela distinta da específica implicaria, em verdade, uma “denegação de tutela” ou um “melancólico ‘prêmio de consolação’”³⁹⁴. Ao classificar as tutelas específicas convém tratar das tutelas inibitória, reintegratória (ou de remoção do ilícito) e ressarcitória específica³⁹⁵.

Inibitória é a tutela específica que tem por fim evitar a ocorrência do ilícito, ou se já ocorrido, evitar sua reiteração ou continuação³⁹⁶. É tutela preventiva³⁹⁷, voltada para o futuro. Ao se voltar contra o ilícito (ato contrário ao direito) exige a análise da probabilidade de ocorrência deste (ilícito) e não do dano, consequência meramente eventual³⁹⁸.

³⁹³ Atingindo diretamente a estrutura (estado de coisas) anterior, se verifica, a partir do processo, a solução de entraves com a falta de material (órteses e próteses), a viabilização de convênios com mais hospitais e um gerenciamento mais apurado da fila de cirurgias, agora em lista única com inclusão de paciente apenas por meio da central de regulação do Município de Fortaleza, entre outras providências. <<https://www.jfce.jus.br/todas-noticias/2414-uma-solucao-possivel-para-a-fila-das-cirurgias-ortopedicas-de-alta-complexidade-no-ceara>> acesso em 21.03.2019

³⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 32.

³⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Um aprofundamento da questão da tutela dos direitos: tutelas inibitória, reintegratória, do adimplemento e ressarcitória. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 10, out/dez.1998, p.720-725. A chamada tutela do adimplemento contratual, é aqui entendida como uma tutela reintegratória cujo ilícito é contratual, segue, nesse sentido, o entendimento de DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 8^a ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 585-587.

³⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.36.

³⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 25.

³⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.195.

Por não se relacionar com o dano, não exige os elementos subjetivos do dolo ou culpa³⁹⁹, próprios do exame necessário ao resarcimento (art. 497, par. único do CPC). São exemplos: a tutela que visa impedir a venda ou a reiteração da venda de um produto que tenha sido proibido pela legislação, ou, ainda, impedir o início ou a continuidade de determinada obra em local em que as normas de proteção ambiental ou de ordenação urbana não permitem construção.

A tutela reintegratória é também espécie tutela contra o ilícito, dessa vez já praticado, e se volta contra os efeitos que continuam⁴⁰⁰ após sua prática. Trata-se de uma modalidade de tutela repressiva em relação ao ato contrário ao direito realizado no passado. Há, todavia, uma preventividade indireta eventual no que diz respeito a impedir a ocorrência de danos⁴⁰¹ em decorrência dos efeitos do ilícito praticado.

Também na tutela reintegratória não se cogita a prova de dano ou dos elementos subjetivos de dolo ou culpa (art. 497, par. único do CPC), tendo por análise, unicamente, os efeitos do ilícito praticado, eventualmente prevenindo danos que possam dele decorrer. Um exemplo é o caso da indústria que despeja lixo tóxico no meio ambiente. O ilícito foi o ato de despejar o lixo em local proibido, a tutela reintegratória visa remover os efeitos decorrentes deste ato, não se questionando nada acerca de eventuais danos causados. Remove-se o lixo e o que mais estiver contaminado para que sejam removidas todas as consequências do ato praticado, inclusive impedindo, eventualmente, danos que poderiam daí decorrer.

Já a tutela resarcitória é a tutela contra o dano, tendo por objetivo sua reparação; é, portanto, uma tutela repressiva. Em regra, são analisados os elementos subjetivos (culpa ou dolo) para responsabilização do agente, diz em regra, porque podem ser dispensados pelo ordenamento.

³⁹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

⁴⁰⁰ Discute-se acerca da delimitação do campo de atuação entre a tutela inibitória e da tutela reintegratória no que diz respeito aos ilícitos continuados, havendo quem entenda serem objeto de tutela inibitória, restando para a tutela reintegratória apenas a tutela contra os efeitos continuados de um ilícito exaurido. Outros, todavia, entendem tratar-se de objeto de uma tutela reintegratória tanto os ilícitos continuados quanto os efeitos continuados do ilícito exaurido. Como anota Didier Jr., Paula Sarno, Leonardo Cunha e Rafael Oliveira a discussão se resume a adoção de uma ou outra opção teórica, sendo possível registrar ao menos que a tutela inibitória se volta contra uma situação futura e a tutela reintegratória se volta contra uma situação pendente. DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 8^a ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 585.

⁴⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.206.

A tutela resarcitória pode ocorrer pelo equivalente em dinheiro ou na forma específica, esta se busca conferir ao lesado a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido⁴⁰². Apenas a última é classificada como tutela específica. Como exemplos de tutela resarcitória específica temos a recuperação ambiental em caso de dano ao meio ambiente, a realização de cirurgia reparatória no caso de erro em procedimento cirúrgico anterior ou o direito de resposta diante de uma publicação danosa ocorrida em um jornal.

3.3.2.2 A relação entre a tutela estrutural e as tutelas específicas

Diferenciou-se neste trabalho o direito a um estado ideal de coisas da efetivação de outros direitos decorrentes do seu alcance. Ademais, delimitou-se os processos estruturais como adequados aos direitos que se tutelam no mundo dos fatos e de modo específico, bem como a exigência de um tempo destinado ao alcance de determinado estado de coisas. Recordadas as espécies de tutelas específicas, convém esclarecer a relação que existe entre elas e o processo estrutural.

As espécies de tutela específicas (inibitória, reintegratória e resarcitória), via de regra, são prestadas em grau único, em modo previamente definido e em tempo imediato, como uma busca e apreensão de produtos cuja venda se quer impedir, a remoção de lixo contaminado ou a publicação de um direito de resposta no mesmo veículo em que inicialmente se transmitiu informação danosa.

Ocorre que, em algumas situações, a tutela específica inibitória, reintegratória ou resarcitória não pode realizar-se em um ato único, nem previamente definido e tampouco de modo imediato. Por questões de fato, uma transição entre estados de coisas é necessária para que seja possível efetivar a tutela específica necessária. Para esses casos, o processo estrutural se apresenta como uma tutela meio para a tutela específica ou, em simplificação menos exata uma tutela que possibilita a tutela. Um exemplo em cada uma das espécies de tutela específica pode auxiliar na compreensão do que se sustenta.

No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*⁴⁰³, a Suprema Corte dos Estados Unidos conclui afirmando a existência de um ilícito: a segregação racial nas escolas públicas.

⁴⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.308.

⁴⁰³ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

A tutela deferida foi impedir que o ilícito continuasse. Mas a própria corte entendeu que não era possível o cumprimento imediato da tutela que impediria a reiteração do ilícito. Foi necessário um processo estrutural para viabilizar o cumprimento da tutela inibitória concedida. Um processo que diagnosticasse as necessidades, estabelecesse os meios, o tempo e o grau de o alcance do estado ideal de coisas⁴⁰⁴, o qual possibilitaria o cumprimento da tutela inibitória, uma educação integrada nas escolas públicas.

A tutela reintegratória também pode pressupor um processo estrutural. Imagine-se a concessão de uma tutela que envolvesse um acidente nuclear como o ocorrido no Brasil em 1987, em Goiânia com o Césio-137 (137Cs). Um aparelho de radioterapia abandonado foi violado e, em pouco mais de 15 dias de exposição, graves consequências se produziram, implicaram uma complexa e demorada remoção de efeitos do ilícito. Foi necessário identificar, monitorar e descontaminar os focos principais⁴⁰⁵, bem como a remover grandes quantidades de solo, demolir construções⁴⁰⁶ e realizar uma constante monitoração das pessoas expostas⁴⁰⁷ e da dispersão do 137Cs com análises de solo, vegetais, animais, água e ar. A definição das ações que permitiriam os melhores resultados, as dificuldades técnicas existentes a necessidade de monitoramento, a avaliação e a definição de novas ações, exigiriam, certamente, um processamento estrutural, como técnica para o alcance da efetiva remoção do ilícito.

O exemplo de tutela resarcitória específica vem da Ação Civil Pública nº 93.8000533-4 da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Criciúma/SC - ACP do Carvão. Conforme anota

⁴⁰⁴ Pelo menos assim deveria ser. Há quem critique a decisão em referido caso pela total ausência de definições em questões importantes como parâmetros para compreender o significado de “toda velocidade deliberada” ou do que pode ser considerado um “sistema unitário” de ensino. Veja a respeito em RENDLEMAN, Doug R. *Brown II "All Deliberate Speed" at Fifty: A Golden Anniversary or A Mid-Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy?* *San Diego Law Review*. V.41, 2004, p. 1575-1616, p. 1.612.

⁴⁰⁵ Conforme sítio mantido pelo estado de Goiás acerca do tema foram identificados e isolados sete focos principais, nos quais houve a contaminação de pessoas e do ambiente e havia altas taxas de exposição. No total, foram monitoradas 112.800 pessoas, das quais 249 apresentaram significativa contaminação interna e/ou externa, sendo que em 120 delas a contaminação era apenas em roupas e calçados, e as mesmas foram liberadas após a descontaminação. Fonte: <<http://www.cesio137goiania.go.gov.br/o-acidente>> acesso em 24.03.2019.

⁴⁰⁶ O acidente de Goiânia gerou 3500 m³ de lixo radioativo, que foi acondicionado em containeres concretados. O repositório definitivo deste material localiza-se na cidade de Abadia de Goiás, a 23 km de Goiânia, onde a CNEN instalou o Centro Regional de Ciências Nucleares do Centro-Oeste, que executa a monitoração dos rejeitos radioativos e controle ambiental. Fonte: <<http://www.cesio137goiania.go.gov.br/o-acidente>> acesso em 24.03.2019.

⁴⁰⁷ Para executar o monitoramento sobre os efeitos da exposição à radiação ionizante nas pessoas que foram vítimas deste acidente, o governo do Estado de Goiás criou, em fevereiro de 1988, a Fundação Leide das Neves Ferreira, que definiu grupos de monitoramento dos pacientes, considerando como critérios de classificação a gravidade das lesões cutâneas e a intensidade da contaminação interna e externa, e que determinou a metodologia dos protocolos de acompanhamento médico. Fonte: <<http://www.cesio137goiania.go.gov.br/o-acidente>> acesso em 24.03.2019.

Arenhart⁴⁰⁸, o resarcimento específico mediante a recuperação ambiental das áreas degradadas exigiu até o momento quatro fases. A primeira fase (2000-2004) permitiu a obtenção de informações para a delimitação da área a ser recuperada e a identificação da extensão dos danos ambientais. A segunda fase (2004-2005) implicou a consolidação pelo Ministério Público Federal - MPF de estratégia para o enfrentamento do problema, mediante a exigência de uma padronização dos projetos apresentados, de modo a permitir seu controle e acompanhamento. Na terceira fase (2006-2009), os réus foram obrigados a apresentar projetos segundo a padronização indicada pelo MPF, bem como se criou um Grupo de Assessoramento Técnico, formado por técnicos de todas as partes e ainda externos com a função de propor estratégias e técnicas para a recuperação ambiental, vindo posteriormente a também exercer o monitoramento da decisão. Na quarta fase (2009-atual), como cumprimento de sentença estão sendo efetivados os projetos aprovados no cronograma definido para recuperação ambiental com prazo de execução até 2020. Sem um processo estrutural a efetivação da tutela específica dificilmente seria obtida.

3.3.3 Distinção entre direito ao estado de coisas e direitos cuja efetivação decorre do alcance do estado de coisas. O fenômeno da múltipla incidência

A necessidade de se pensar o processo em vista de uma tutela dos direitos exige ainda distinguir duas espécies de direitos imbricados quando se trata de um processo estrutural. Após a evolução teórica já traçada, é possível diferenciar o direito a um estado de coisas do direito cuja efetivação decorre do alcance daquele.

Exemplificadamente, seria distinguir: a) entre o direito à preservação da empresa do direito de crédito dos credores da recuperanda, do direito ao crédito e ao trabalho de empregados da recuperanda; b) entre o direito a um estado de coisas constitucional no sistema penitenciário nacional e o direito de determinado preso de ter respeitada sua dignidade ou de determinado agente penitenciário possuir condições adequadas de trabalho; c) entre o direito a que 50% da população de 0 a 3 anos tenha acesso à matrícula em creches e o direito a que determinada criança tenha acesso a uma vaga em creche ou que os professores não sejam obrigados a uma

⁴⁰⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 475-492.

carga excessiva de trabalho por uma quantidade excessiva de crianças sob sua responsabilidade.

Para esse fim, muito adequada para esclarecimento do tema a doutrina de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. no que denominam múltipla incidência, ao afirmar que “de um mesmo fato o ordenamento retira diversas consequências jurídicas⁴⁰⁹”. O tema é tratado no contexto do incidente de conversão da ação individual em coletiva que, não houvesse sido vetado, estaria previsto no art. 333 do Código de Processo Civil⁴¹⁰, em que é indicada a possibilidade de um mesmo fato afetar a esfera de situações jurídicas individuais e coletivas.

Como exemplo, os autores indicam uma ação proposta com o objetivo de combater o barulho excessivo de determinado vizinho. No caso, há poluição sonora (ilícito contra um direito difuso) e há ofensa a um direito de vizinhança (ilícito contra o direito individual do vizinho)⁴¹¹. Há um direito coletivo que convive com um direito individual, ambos decorrentes do mesmo fato.

O tratamento da relação entre a tutela dos direitos e processo estrutural exige referida compreensão. O processo estrutural tutela de modo imediato o direito ao alcance do estado ideal de coisas, mas o faz como meio para possibilitar a efetivação de outros direitos, estes não plenamente efetiváveis de forma específica antes do alcance daquele. São, todavia, tutelados direitos distintos em conteúdo e, via de regra, em titularidade.

Os direitos efetiváveis em decorrência do alcance do estado de coisas possuem um conteúdo mais amplo, uma vez que contemplam não apenas o direito a uma tutela no mundo dos fatos, específica e não imediata, podendo dar ensejo ainda há uma tutela meramente declaratória ou genérica pelo equivalente em dinheiro as quais poderiam ser imediatamente concedidas. Nesse sentido, o direito ao estado ideal de coisas, se identifica em conteúdo apenas com parte do direito cujo alcance permite efetivar, nesse sentido é menos amplo.

Em outro aspecto, todavia, o direito ao estado ideal de coisas pode ser mais amplo que os direitos que buscar efetivar. Trata-se da potencialidade de múltiplos direitos serem efetivados em decorrência de um mesmo estado ideal de coisas, todos, ainda que de diferentes titulares, tuteláveis no mundo dos fatos, de modo específico e não alcançáveis imediatamente.

⁴⁰⁹DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR. Hermes. Comentários ao art. 333 do Código de Processo Civil de 2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3º Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 957-958.

⁴¹⁰O dispositivo não chegou a entrar em vigor tendo sido vetado pela Presidente da República.

⁴¹¹DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR. Hermes. Comentários ao art. 333 do Código de Processo Civil de 2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3º Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 957-958.

A ideia será desenvolvida a seguir.

3.3.4 Múltipla incidência e relação entre direito ao estado de coisas e direitos cuja efetivação decorrem do alcance do estado de coisas

A múltipla incidência pode permitir mais incidências distintas que a citada dicotomia individual - coletivo⁴¹². É possível uma múltipla incidência com a concessão de direito a um estado ideal de coisas a diversos titulares individuais e diversos titulares coletivos, o que implica necessidades diversas, conforme as especificidades da tutela adequada a cada direito. Um exemplo permite esclarecer o quanto afirmado.

O caso das creches do Município de São Paulo tem por estado atual (inicial) de coisas: creches que se encontram com limite de alunos acima da capacidade máxima e uma longa fila de espera por vagas. Trata-se de um mesmo fato a afetar a esfera de situações jurídicas individuais e coletivas diversas.

Os direitos individuais de milhares de crianças, cada uma por direito próprio, a vagas em creches. O direito coletivo das crianças (atuais e futuras) por vagas em creches. O direito dos professores de não possuir em sua sala mais crianças que o previsto normativamente. O direito dos pais em colocar seus filhos em uma creche, não como representante das crianças, mas por direito próprio, a fim de lhes permitir o trabalho, inclusive para garantir o sustento da própria criança.

Cada um dos direitos indicados possui conteúdo próprio e possibilidades de tutelas próprias, muitas delas opostas, algumas comuns. Assim, por exemplo, o direito individual de

⁴¹² Parece defender tal aplicação mais ampla e genérica por exemplo, Pontes de Miranda segundo o qual “O mesmo fato ou complexo de fatos pode ser suporte fático de mais de uma regra jurídica. Então, as regras jurídicas incidem e fazem-no fato jurídico de cada uma delas, com a sua respectiva irradiação de eficácia. No mundo jurídico, ele é múltiplo; entrou, ou reentrou por várias aberturas, levado por diferentes regras jurídicas, sem deixar de ser, fora desse mundo, ou nele mesmo, inicialmente, um só”, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1983, t. 1 4.ed. §10. No mesmo sentido, entende Lourival Vilanova ao afirmar sobre o fenômeno da incidência em geral: “Observe-se, normas diversas, *N'*, *N''*, *N'''*, podem incidir sobre o mesmo suporte fático *S* e perfazer, cada uma, de per si, fatos jurídicos diversos *F', F'', F'''*. Ou, então, uma mesma hipótese, digamos hipótese fática (atendendo ao seu *indirizzo*) *H*, constar em normas diversas *N'*, *N''*, *N'''*. Será a hipótese fática comum ligada a consequências várias, *C'*, *C''*, *C'''*. Em nível fático, teremos o mesmo fato jurídico com diferentes efeitos, o fato jurídico com eficácia múltipla. A relação um-a-um, *H/C* (no plano conceptual) e *F/E* (no plano eficacial), é menos frequente, dada a complexidade das interações humanas. As possíveis relações são: um/vários, vários/vários, vários/um (one/many, many/many, many/one, sem excluir a relação one/one)”. VILANOVA, Lourival. *Causalidade no Direito*. 4^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 46.

uma criança a vaga em creche pode receber uma tutela pelo equivalente, em que, por meio de um bloqueio judicial de dinheiro se permita sua matrícula em uma creche privada. A tutela do direito coletivo das crianças futuras pode ocorrer por meio de um pleito de construção futura de novas creches, embora tal solução possa não contemplar as crianças atuais ante o tempo de efetivação. O pleito dos professores pode ser atendido pela limitação do direito a creches, por exemplo reduzindo a idade máxima e, por consequência, o número de alunos. O direito dos pais poderia ser atendido pela concessão de uma “bolsa-babá”. Mas todos esses direitos também poderiam ser atendidos por um estado ideal de coisas em comum: a existência de mais vagas em creches em condições suficientes a atender todos os direitos indicados, cumulativamente.

Do exemplo, temos que diferentes direitos podem ser atendidos por um mesmo estado de coisas, desde que este estado de coisa seja capaz de atender a cada direito também individualmente.

A ressalva permite avançar na compreensão.

Para os pais (repita-se, em direito próprio), a mera existência de vagas pode ser suficiente para tutelar seu direito, ainda que mantendo os professores com mais alunos que o permitido em regulamento. Para os professores, é necessária uma limitação ao quantitativo de alunos, mas pode não ser necessária a existência de áreas verdes ou espaços lúdicos, o que pode ser fundamental, todavia, para o direito das crianças.

Assim é possível concluir pela existência de uma relação de continência entre o conteúdo do direito ao estado de coisas que deve ser abrangente de tal modo a conter todo os direitos efetiváveis em decorrência do alcance do estado ideal de coisas.

No exemplo das creches, o direito ao estado ideal de coisas deve ser tal que tutele o direito das crianças, dos professores e dos pais. Em um dano ambiental, o conteúdo do direito ao estado ideal de coisa pode precisar considerar, conforme o caso, o direito das populações tradicionais, dos pescadores, das futuras gerações, dos trabalhadores do turismo, dos animais etc. Em uma recuperação judicial, o direito de cada credor, o direito dos trabalhadores, o direito do estado arrecadador, o direito da cadeia de fornecedores e, em certa medida, um direito econômico difuso, unem-se no direito à preservação da empresa.

Tal conclusão se fundamenta no que se tratou (item 3.2.2.1) como um dos critérios de dissociação entre princípios e regras, especificamente a medida da contribuição para a

decisão⁴¹³. Cada um desses direitos ao buscar um estado ideal de coisas é movido por uma norma-princípio a qual, como visto, possui pretensão de complementaridade e parcialidade.

A exata medida em que cada um desses direitos é tutelado é fixada pela exata medida do estado ideal de coisas resultante, a qual é resolvida com recurso aos postulados da ponderação e da concordância prática. A ponderação (item 3.2.3.2) pela atribuição de pesos aos diversos direitos que se entrelaçam, e a concordância prática (item 3.2.3.2), na busca de realização máxima de cada um dos direitos, ainda que parcial ou totalmente em sentido contrários, harmonizando-os de modo que eles sejam protegidos na maior medida possível.

Assim é possível afirmar: o direito ao estado ideal de coisas é o resultado do entrelaçamento, após ponderação e concordância prática, entre os diversos direitos que busca efetivar.

3.3.5 Exigibilidade do direito ao alcance do estado ideal de coisas

3.3.5.1 Exigibilidade do direito ao estado ideal de coisas e relação entre os direitos que se busca efetivar

Se o direito ao estado ideal de coisas é o resultado do entrelaçamento, após ponderação e concordância prática, entre os diversos direitos que busca efetivar, sua exigibilidade pode pedir a consideração de duas ordens: a) dos direitos que busca efetivar entre si; b) de outros direitos, inicialmente não relacionados com o estado de coisas, mas que podem afetar ou serem afetados pela transição entre os estados de coisas;

Aqui é útil a distinção entre direito e pretensão.

Conforme anota Marcos Bernardes de Mello⁴¹⁹, a relação jurídica de direito material tem, em regra, um conteúdo composto por direito, pretensão e ação do lado ativo e pelos

⁴¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 100-101.

⁴¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia: 1º parte*. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 206-212.

correspondentes dever, obrigação e situação de acionado⁴²⁰ do lado passivo. Embora relacionados, constituem poderes distintos dentro da relação jurídica. É possível falar em direito sem pretensão, o qual, embora exista direito e respectivo dever, não há exigibilidade.

Um exemplo facilita a compreensão. Em um contrato de compra e venda a prazo, aperfeiçoado o contrato, passa a existir relação jurídica, em que uma das partes têm o direito ao preço no prazo definido. Referido direito, todavia, é inexigível até o vencimento do prazo. Vencido o prazo, nasce em favor do credor a pretensão ao cumprimento da obrigação, que passa a ser exigível. A pretensão constitui, portanto, o grau de exigibilidade do direito⁴²¹.

Dois outros exemplos podem ser adicionados, agora no campo dos processos estruturais. No Estado do Ceará, no citado caso das cirurgias ortopédicas exigiu-se certa deliberação para estabelecer qual a medida da exigibilidade do direito da pessoa que pleiteie a realização de cirurgia e do correspondente dever do Estado ante o art. 196 da CF e art. 2º da Lei n. 8.080/90⁴²².

Nesse caso, o estado de coisas atual pode permitir como exigíveis apenas os direitos dos pacientes mais graves/urgentes, restando aos casos eletivos e simples o encobrimento da eficácia de sua exigibilidade até o alcance de um estado de coisas em grau que permita a realização de mais cirurgias ou até que não existam pacientes mais graves/urgentes necessitando de procedimentos.

De algum modo, foi o que ocorreu no caso, no qual judicialmente foram organizadas filas, sendo os pacientes chamados por ordem de indicação cirúrgica ou clara categorização de risco e tudo devidamente homologado⁴²³.

A recuperação judicial também se apresenta como exemplo. Nesse caso, a própria lei promove a ponderação e concordância prática entre os direitos (art. 83 e 84 da Lei n. 11.101/2005), e delega a seus titulares, por meio de um plano de recuperação judicial a ser

⁴²⁰ Para o estudo entende dispensável um aprofundamento acerca dos conteúdos da ação (aqui de direito material) e da situação de acionado. Em resumo, pode-se afirmar que a ação permite a impositividade do direito, a qual surge, em geral, com a violação da pretensão (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*: 1º parte. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 208).

⁴²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*: 1º parte. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 208.

⁴²² Para permitir a compreensão, simplificando o exemplo (abstraindo o direito dos profissionais de saúde, fornecedores de próteses e órteses, hospitais privados etc.) para proceder com uma comparação apenas entre os direitos dos pacientes que aguardam na fila para realização de cirurgias e o correspondente dever do Estado em sua realização.

⁴²³ JFCE. Processo nº 0811930-91.2016.4.05.8100. Decisão interlocatória. Juíza Cintia Menezes Brunetta. 22/11/2017.

aprovado (por voto que considere uma ponderação e concordância prática entre os direitos, art. 41 e 45 da Lei n. 11.101/2005), a definição do tempo, modo e grau da exigibilidade dos direitos que se encontram com pretensão encoberta pelo direito à preservação da empresa.

Assim, é possível afirmar que, no processo estrutural, a pretensão de cada titular ao cumprimento dos efeitos decorrentes do estado de coisas (a exigibilidade de cada direito que o compõe) varia em tempo, modo e o grau, conforme a ponderação e a concordância prática indicadas para a fixação de seu conteúdo.

3.3.5.2 Exigibilidade do direito ao estado ideal de coisas e relação com outros direitos que podem afetar ou ser afetados pelos meios adotados para o alcance do estado ideal de coisas

Na segunda ordem de reflexão ingressam outros direitos que, a princípio, não se relacionam com o estado de coisas atual ou ideal. Isso ocorre sempre que os meios definidos (identificados como adequados, necessários e proporcionais) para o alcance do estado de coisas puderem afetar ou serem afetados por esses outros direitos. Tal circunstância se relaciona com o que foi denominado pela expressão “consequências secundárias” (item 3.1.2.2). Se for esse o caso, é necessário aumentar as relações de entrelaçamento da ponderação e concordância prática para contemplar também esses direitos.

Dois exemplos vêm do contexto da execução de políticas públicas.

Os citados casos de existência de fila para acesso a vagas em creches e para realização de procedimento cirúrgico podem ser aqui relacionados. A princípio não se referem ao mesmo estado ideal de coisas o direito a vagas em creches e o direito a realização de cirurgias ortopédicas. Sucedeu que, em um exemplo em que o meio definido para ampliar o quantitativo de cirurgias ortopédicas realizadas for o aporte de mais recursos públicos, os quais foram redirecionados dos recursos antes previstos para construção de novas creches, tudo muda. Também aqui a pretensão de complementaridade e parcialidade, típica da busca por estados de coisas, exige a consideração de todos os direitos envolvidos, ainda que a partir dos meios adotados.

A relação entre o estado de coisas constitucional no sistema penitenciário e o direito de comunicação de quem vive e passa no entorno de um presídio não parece exigir tratamento

pela busca de um mesmo estado ideal de coisas. No entanto, a busca de um estado ideal de coisas em determinado presídio pode exigir, como meio, a instalação de bloqueadores de celulares, os quais podem impactar o direito de comunicação dos moradores que transitam no entorno. Nesse contexto, também referidos direitos que possam afetar ou ser afetados pelos meios definidos para o alcance do estado ideal de coisas devem integrar as atividades de ponderação e concordância prática, inclusive para influenciar no tempo, modo e grau de alcance do estado ideal de coisas.

3.3.6 Do direito às técnicas

3.3.6.1 A prevalência das técnicas especiais sobre os procedimentos especiais

Uma das reflexões do debate contemporâneo sobre os procedimentos é o questionamento de sua eficiência para atingir os resultados exigidos da tutela jurisdicional. Assim, tem sido compreendido que uma alternativa mais adequada é a possibilidade de flexibilização e adaptação de um procedimento comum. A solução parece retirar o foco dos procedimentos especiais e direcioná-lo para as técnicas especiais. Passando-se do direito ao procedimento especial ao direito à técnica processual especial, não necessariamente vinculada a determinado procedimento especial⁴²⁴.

O sistema passa para uma lógica em que se admitem técnicas processuais diferenciadas no próprio procedimento comum (art. 327, §2º do CPC), inclusive mediante um diálogo de fontes entre os procedimentos especiais (do código ou da legislação extravagante) e/ou entre esses e o procedimento comum⁴²⁵.

Ademais, com base nas necessidades de tutela do direito, não apenas o legislador ou o juiz poderão conformar o procedimento, mas até mesmo as partes por meio da criação de procedimentos especiais convencionais (art. 190 do CPC)⁴²⁶.

⁴²⁴ DIDIER JR. Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 88.

⁴²⁵ DIDIER JR. Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 88.

⁴²⁶ DIDIER JR. Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 100.

Tendo por base as leis especiais⁴²⁷, projetos de lei⁴²⁸ vocacionados aos processos estruturais ou tendo por base os exemplos decorrentes dos usos já efetivados em processos estruturais no Brasil e no mundo, é possível refletir sobre determinadas técnicas processuais que, com ou sem legislação, possam, se necessário, ser utilizadas. Referidas técnicas são apresentadas em caráter exemplificativo e sumário, eis que, não apenas por extrapolar os limites propostos pelo trabalho, a atipicidade e a criatividade procedural na busca pelo alcance do estado de coisas parecem ser a verdadeira marca das técnicas do processo estrutural.

3.3.6.2 Limitação da cognição

A relação entre técnica processual e o procedimento adequado é indicada pela doutrina⁴²⁹ na perspectiva da limitação da cognição⁴³⁰. Tendo em vista a racionalidade existente entre meios e fins na busca por um estado de coisas, a cognição de um processo estrutural não alcança análise de fatos com objetivos sancionatórios ou que exijam a análise de culpa, como ocorre com o dano, este só tem análise necessária à medida que indispensável a busca do estado de coisas pretendido⁴³¹. A cognição é horizontalmente limitada ao que possa interessar à ponderação entre estados de coisas possíveis (se necessária) e à definição dos meios adequados, necessários e proporcionais ao alcance do estado de coisas (sempre necessária).

No que diz respeito à profundidade da cognição, o processo estrutural, ao realizar um exame de proporcionalidade entre meios e fins, leva à preponderância de juízos do tipo

⁴²⁷ A exemplo da Lei n. 11.101/2015 (que regula recuperação judicial, a extrajudicial e a falência), trechos da Lei n. 12.529 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

⁴²⁸ Projetos de Lei PL 8058/2014 da Câmara dos Deputados (procedimento especial para o controle e intervenção em políticas públicas) e PL 736/2015 do Senado Federal (que dispõe sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo).

⁴²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A técnica da cognição e a construção de procedimentos adequados à tutela dos direitos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, v. 32. p. 51-56.

⁴³⁰ Conforme propõe Kazuo Watanabe, a limitação da cognição pode ser analisada de modo horizontal, quando se observa a amplitude das questões que podem ser objeto de cognição e de modo vertical conforme a profundidade conforme as questões podem ser conhecidas. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 85.

⁴³¹ PUGA, Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013. p. 29-31.

probabilístico⁴³², os quais não se constituem em juízo prévio de certeza⁴³³.

Referido aspecto pode ser bem exemplificado por meio de uma declaração da magistrada que conduz o citado caso das cirurgias ortopédicas no Estado do Ceará, ao afirmar: “o que ocorria era que não podíamos contar com uma linearidade nesse desenvolvimento, pois à medida que tínhamos mais informações, algumas vezes era necessário modificar o que já havia sido acertado antes⁴³⁴”.

3.3.6.3 Da técnica postergatória

A técnica antecipatória é também anotada pela doutrina como consequência do direito ao procedimento idôneo⁴³⁵. No que diz respeito ao processo estrutural, referida técnica parece ser exigida às avessas, sendo possível falar no direito a uma técnica postergatória.

Assim, por exemplo, em um processo de recuperação judicial, ainda que reconhecidos determinados direitos de crédito exigíveis, estarão eles sujeitos a uma técnica postergatória, uma vez que, para assegurar o direito à preservação da empresa, o caso concreto a impõe. O mesmo é possível dizer em relação ao caso das cirurgias ortopédicas no Estado do Ceará, o qual parece conferir o direito do Estado a uma técnica postergatória, desde que (e somente se) em tempo compatível a não implicar negativa do próprio direito à saúde.

Na recuperação judicial, a importância de referida técnica a inclui, inclusive, como decorrência direta e legalmente prevista da decisão que defere o processamento da recuperação (art. 52, III da Lei n. 11.101/2005), em que a suspensão de ações e execuções e contra o devedor, é exemplo de técnica postergatória de natureza não satisfativa, cautelar.

Situação semelhante, utilizando a técnica postergatória de natureza não satisfativa, ocorreria no exemplo das cirurgias ortopédicas do Estado do Ceará, em que o pleito provisório de tal técnica pode se apresentar com bastante utilidade em um eventual processo estrutural

⁴³² WRIGHT, Georg Henrik von. *Rationality: Means and Ends*. *Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 60. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 213.

⁴³³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1.016-1.101, fev. 2004, p. 1.019.

⁴³⁴ <<https://www.jfce.jus.br/todas-noticias/2414-uma-solucao-possivel-para-a-fila-das-cirurgias-ortopedicas-de-alta-complexidade-no-ceara>> acesso em 21.03.2019

⁴³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3^a ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 148.

movido pelo Poder Público, no qual apresente em juízo um “plano de recuperação” do sistema de saúde do ente (eventualmente até formatado em conjunto com organizações da sociedade civil, membros de Ministério Público, Defensoria Pública, outros municípios e hospitais) justificando dificuldade na implementação de referido plano ante o alto quantitativo de tutelas satisfativas deferidas para realização imediata, as quais desorganizam a fila administrativa, implicando uma situação na qual casos de menor gravidade e não urgentes acabam sendo realizados antes de casos de maior gravidade e mais urgentes.

De modo distinto, tal fundamentação justificará o deferimento da técnica postergatória, agora com natureza satisfativa, em casos de ações individuais relacionadas ao processo estrutural. Assim, por exemplo, em uma ação individual contra o Estado do Ceará buscando a realização de uma cirurgia ortopédica, o Estado poderia reconhecer a procedência do pedido (art. 90, §4º do CPC), mas pleitear ao juízo uma efetividade mediante a inclusão na fila administrativa a quem compete avaliar a gravidade e urgência da demanda. Não se negaria o direito, mas se exigiria uma técnica adequada à situação fática existente, que, considerando o processo estrutural e a busca pelo estado de ideal de coisas pode indicar sua efetivação em momento posterior.

3.3.6.4 Um provimento idôneo ao alcance do estado de coisas

Falar de direito a um provimento adequado no processo estrutural implica tratar dos aspectos necessários à efetivação de uma produção normativa própria das normas-princípios (item 3.2.2.3).

Assim, um provimento idôneo ao processo estrutural deve precisar inicialmente os efeitos que se esperam com a realização do estado de coisas⁴³⁶⁻⁴³⁷, qual é o sentido atribuído ao estado de coisas, a que objeto se refere, quem lhe serve de parâmetro, qual o momento é considerado e em que medida ele deve ser atingido. Já quanto aos meios, deve-se verificar qual é a conduta necessária à promoção do fim e quem deverá adotá-la⁴³⁸.

⁴³⁶ WRIGHT, Georg Henrik von. *Rationality: Means and Ends. Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72, p. 66.

⁴³⁷ WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical enquiry*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.p. 40

⁴³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 130-131.

A ausência de tratamento de um ou mais destes aspectos pode implicar um resultado inefetivo, quando não a ausência total de resultado. O caso *Brown v. Board of Education of Topeka* pode exemplificar o que se sustenta. A doutrina critica a ausência de uma precisão sobre o que foi o estado de coisas estabelecido (o significado de um sistema unitário de ensino⁴³⁹); uma das interpretações possíveis, permitiu a tese da “liberdade de escolha” a qual fez com que a dessegregação, por mais de uma década, ficasse praticamente estagnada em alguns distritos, até que a Suprema Corte viesse novamente a se manifestar para esclarecer que esta não era uma interpretação possível⁴⁴⁰. Outro exemplo da mesma decisão diz respeito ao aspecto temporal. Novamente, a doutrina aponta que a Suprema Corte, ao não estabelecer um termo preciso ou critérios para seu estabelecimento, apenas indicando que o cumprimento da decisão deveria ocorrer “com toda velocidade deliberada”, permitiu exatamente o contrário, uma efetividade tardia⁴⁴¹.

Em outro âmbito de análise, de grande proveito parece ser a divisão dos provimentos em duas espécies, as quais implicariam a divisão do processo em duas etapas/fases⁴⁴²⁻⁴⁴³. Em um primeiro momento o processo buscaria um provimento para delimitar o fim do processo (o estado de coisas pretendido) e os aspectos a ele relacionados. Em um segundo momento, o processo buscaria um ou mais provimentos que definissem os meios e os responsáveis por sua adoção, até o efetivo alcance do estado ideal de coisas.

Trata-se do que comumente ocorre nos processos doutrinariamente indicados como

⁴³⁹ RENDLEMAN, Doug R. *Brown II "All Deliberate Speed" at Fifty: A Golden Anniversary or A Mid-Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy?* *San Diego Law Review*. V.41, 2004, p. 1575-1616, p.1612. Se, por exemplo, isso deveria considerar a proporção de habitantes e a efetiva proporção de alunos ou a simples liberdade de escolha dos pais e alunos ou outros critérios relativos aos funcionários da escola, sua infraestrutura física ou conduta de diretores.

⁴⁴⁰ *Green v. County Sch. Bd. of New Kent County*, 391 U.S. 430 (1968).

⁴⁴¹ RENDLEMAN, Doug R. *Brown II "All Deliberate Speed" at Fifty: A Golden Anniversary or A Mid-Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy?* *San Diego Law Review*. V.41, 2004, p. 1575-1616, p.1586.

⁴⁴² Sergio Arenhart ao tratar do que denomina “provimentos em cascata” em que uma decisão “quase principiológica” tem como função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional e outras decisões serão exigidas para implementação da “decisão-núcleo”. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410. p. 400.

⁴⁴³ Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam que a decisão estrutural possui um conteúdo complexo, prescrevendo uma norma jurídica de conteúdo aberto que indica um resultado, uma meta, um objetivo, motivo pelo qual possui nessa parte a estrutura deôntica de uma norma princípio. Mas não é só, também é uma decisão que estrutura o modo como se deve alcançar o resultado prescrevendo condutas que devem ser observadas ou evitadas, parte em que assume a estrutura deôntica de uma norma regra. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 354-368, p. 356.

estruturais. No caso Brown⁴⁴⁴, julgado em 1954, decidiu-se pela presença de uma inconstitucionalidade, a segregação racial nas escolas públicas, indiretamente estabelecendo como fim a necessidade de uma educação integrada. Já no caso Brown II⁴⁴⁵, julgado no ano seguinte, a preocupação foi buscar definir os planos e os meios para efetivar a decisão, tarefa que acabou delegada aos juízos dos processos de origem.

O mesmo ocorre com um processo de recuperação judicial. Inicialmente se decide acerca do direito de se buscar o estado de coisas (preservação da empresa), momento em que se emite um provimento deferindo o processamento da recuperação judicial. Em um segundo momento, se apresenta e homologa um plano de recuperação judicial, meio para o alcance do estado de coisas decidido. É o que ocorreu também no caso envolvendo as prisões do Arkansas (*Holt v. Sarver*⁴⁴⁶) e nos casos envolvendo a doutrina do estado de coisas inconstitucional, estando em curso mesmo na ADPF 347, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

3.3.6.5 Técnicas estruturais executivas

A maior exigência de técnicas adequadas à tutela estrutural é, todavia, a referente aos seus meios executivos.

A primeira consideração diz respeito a sua atipicidade⁴⁴⁷ intrínseca, (garantidas no atual ordenamento brasileiro ante as previsões dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, do CPC) cuja definição apenas ocorre no caso concreto e em relação de pertinência com os fins a serem alcançados após exame da sua adequação, necessidade e proporcionalidade. Isso leva a soluções altamente específicas, referíveis aos problemas no estado de coisas atual, circunstância que exige uma execução atuante sobre a causa do estado de coisas e não sobre suas consequências.

⁴⁴⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka – 347 U.S. 483 (1954)*

⁴⁴⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1955)*

⁴⁴⁶ *Holt v. Sarver (300 F. Supp. 825 - ED. Ark. 1969).*

⁴⁴⁷ Tratando da atipicidade voltada especialmente ao cumprimento das sentenças estruturais, DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 8^a ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 139. JOBIM, Marco Félix. A previsão das medidas estruturantes no art. 139, IV, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: ZANETI Jr., Hermes (Coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 231. MINAMI, Marcos Youji. Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do Código de Processo Civil brasileiro de 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 38. FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. *Meios atípicos de execução e o cumprimento de sentenças estruturais: entre a legitimidade constitucional e a efetividade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, 2019.

Em decorrência de tamanha especificidade, algumas vezes é necessário um diagnóstico do problema de modo altamente técnico, em limites que extrapolam claramente as competências dos operadores jurídicos em geral. Nesse caso, é preciso um processo aberto à apresentação de soluções técnicas, justificadas e avaliadas por quem tenha a *expertise* específica. No exemplo das cirurgias ortopédicas do Estado do Ceará, só após o diagnóstico realizado em “reuniões” com técnicos e responsáveis pelas áreas fins se alcançaram a identificação e a solução de entraves com a falta de material (órteses e próteses), bem como a viabilização de convênios com mais hospitais e um gerenciamento mais apurado da fila de cirurgias⁴⁴⁹.

Em outra linha de compreensão, a fase executiva do processo estrutural deve ser aberta a um alto grau de cognição⁴⁵⁰ para a definição e redefinição dos meios a serem empregados no alcance dos fins. Isso porque, considerando o caráter futuro dos fins perseguidos e, sobretudo, pela instabilidade dos bens envolvidos, a sua execução é sempre sujeita a quebras de estabilidade⁴⁵¹ pela condição do contexto e das discussões, repercutindo sobre a cadeia de vínculos argumentativos, potencialmente implicadores de uma redefinição dos meios⁴⁵², tempo e grau de alcance do estado de coisas.

Para o mesmo propósito, as linhas gerais dessa compreensão exigem técnicas que

⁴⁴⁹ Também na área de saúde, outro caso que acabou premiado na edição de 2014 do Prêmio Innovare foi a idealização dos Núcleos de Apoio Técnico no município de Araguaína-TO, os quais com atribuições consultivas, opinativas, de assessoria especializada, de gestão básica, e por último, de cunho resolutivo (atuação preventiva) para solução extrajudicial das demandas, permitiu desafogar a máquina judiciária de processos relativos à judicialização da saúde e desonerar os cofres públicos de excessivos gastos oriundos de decisões judiciais genericamente fundamentadas. Um excelente exemplo indicado na prática foi o caso concreto de uma usuária que ajuizou ação de obrigação de fazer para compelir o Município ao fornecimento de medicamento não padronizado “insulina lantus”, alegando a ineficiência do tratamento obtido com outro tipo de insulina constantes da lista do SUS. A usuária alegava o insucesso no tratamento com a insulina convencional. Acionado o Judiciário, este requereu a atuação do Núcleo Técnico, que em interlocução direta encaminhou o caso para a Ouvidoria SUS Municipal e, procedida à análise, o direcionou para a sub-rede da atenção básica. Neste caso, essa usuária foi visitada pela Equipe Multidisciplinar do Núcleo, para avaliação de todo o histórico clínico paciente. Ao final foi constatado pela Nutricionista do programa de atenção básica da rede SUS que a paciente, portadora de diabetes tipo 2, não seguia a dieta específica exigida para tratamento da doença, sendo dada ao exagero de massas e doces, sendo esse o motivo do insucesso do tratamento com a insulina convencional, o que diverge da alegação contida na petição inicial do processo. Prêmio Innovare. Edição XI, 2014. Autor: Milene de Carvalho Henrique João Ornato Benigno Brito Musa Denaise de Sousa Moraes de Melo. Categoria: Juiz. Local: Araguaína-TO.

⁴⁵⁰ FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 176 e ss.

⁴⁵¹ CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 584-589. Em que pese sem se referir especificamente aos processos estruturais, trata-se de compreensão das estabilidades processuais com bastante aplicabilidade aos casos.

⁴⁵² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1.016-1.101, fev. 2004, p. 1.019.

retenham a jurisdição e assim possibilitem o constante diagnóstico do estado de coisas atual. A avaliação permanente dos meios em execução, como proporcionais para o alcance dos fins definidos, possibilita, se necessário, a redefinição de meios, que, após executados, darão lugar a novas avaliações⁴⁵³.

Isso pode ocorrer de diversos modos.

Um deles é mediante a apresentação de relatórios para verificação do alcance de resultados, o que aconteceu, por exemplo, no caso envolvendo as prisões do Arkansas (*Holt v. Sarver*⁴⁵⁴) em que o juiz passou a determinar ao executivo a apresentação de planos de ação e relatórios para verificação da efetiva melhoria das condições. Nas palavras de Jordão Violin, “ficou evidente que o cumprimento da sentença ocorreria de forma circular” (...) após análise, caso os resultados fossem insatisfatórios, uma nova ordem seria emitida pelo juízo⁴⁵⁵.

No citado caso das creches do Município de São Paulo⁴⁵⁶, isso ocorre por meio de um comitê vinculado à Coordenadoria da Infância e Juventude, a quem compete fornecer ao Juízo, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado, bem como articular-se com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público para definir a forma de acompanhamento da execução da decisão.

Também na já citada ACP do Carvão (Ação Civil Pública nº 93.8000533-4 da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Criciúma/SC), tal técnica é utilizada com o que restou denominado Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA) formado por representantes técnicos de todas as partes, bem como por pessoas não ligadas às partes, mas à questão ambiental, o qual tem, entre outras, a função de monitorar e elaborar relatórios avaliando as

⁴⁵³ Assim se manifesta Edilson Vitorelli no particular. Essencialmente, o processo estrutural tem como desafios: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura. VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2018, ano 43, v. 284, p. 333-369, p.8 (versão eletrônica).

⁴⁵⁴ *Holt v. Sarver* (300 F. Supp. 825 - ED. Ark. 1969).

⁴⁵⁵ VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303-352, p.324.

⁴⁵⁶ Vide Acórdão nº 2013.0000792670 da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, julgado em 16/12/2013, p. 40-41.

consequências das soluções adotadas⁴⁵⁷.

Em casos muito complexos também é alternativa o que Antonio do Passo Cabral e Hermes Zaneti Jr. definem como “entidades de infraestrutura específica”, uma versão mais ampla da experiência norte-americana com as *claim resolutions facilities*⁴⁵⁸. Segundo os autores, nos Estados Unidos, em regra, essas entidades tiveram por objeto a indenização de vítimas por alguma lesão; no Brasil, é possível pensar num objeto mais amplo, por exemplo, na implementação de políticas públicas e na obtenção de tutela específica das obrigações ou seu resultado prático equivalente⁴⁵⁹. Um dos exemplos citados no Brasil é o da Fundação Renova⁴⁶⁰, organização sem fins lucrativos criada especificamente para a promoção da reparação no caso do desastre de Mariana.

Uma outra espécie de adequação se aplica, especialmente, em casos envolvendo organizações públicas e privadas. A solução nesses casos pode passar pela técnica da intervenção judicial⁴⁶¹, mediante a participação de uma ou mais pessoas, representantes do juízo, que atuarão exatamente na transição entre os estados de coisas. Um exemplo nos é

⁴⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 475-492, p. 486-487.

⁴⁵⁸ Entidades que surgiram com objetivo de promover de modo mais eficiente a execução em litígios de massa complexos, na efetivação de planos privados, autocomposições judiciais e extrajudiciais e decisões judiciais em processos coletivos. CABRAL, Antonio do Passo. ZANETI JR. Hermes. Entidades de Infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: *as claims resolutions facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*. Vol. 287. Ano 44. p. 445-483. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, janeiro 2019, p. 449-460.

⁴⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. ZANETI JR. Hermes. Entidades de Infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: *as claims resolutions facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*. Vol. 287. Ano 44. p. 445-483. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, janeiro 2019, p. 453.

⁴⁶⁰ Do site da organização se lê: A Fundação Renova é a entidade responsável pela mobilização para a reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana (MG). Trata-se de uma organização sem fins lucrativos, resultado de um compromisso jurídico chamado Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC). Ele define o escopo da atuação da Fundação Renova, que são os 42 programas que se desdobram nos muitos projetos que estão sendo implementados nos 670 quilômetros de área impactada ao longo do rio Doce e afluentes. As ações em curso são de longo prazo. Ao estabelecer uma organização dedicada exclusivamente ao processo de reparação, também foi criado um modelo de governança robusto, com presença de mais de 70 entidades. As respostas para cada desafio são obtidas em conjunto, sendo que nenhuma parte envolvida tem controle sobre a decisão. A Fundação Renova reúne técnicos e especialistas de diversas áreas de conhecimento, dezenas de entidades de atuação socioambiental e de conhecimento científico do Brasil e do mundo e soma hoje cerca de 7 mil pessoas (entre colaboradores próprios e parceiros) trabalhando no processo de reparação, de Mariana à foz do rio Doce. <https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/> acesso em 23.03.2019.

⁴⁶¹ Sobre o tema, inclusive citando casos enquadráveis como processo estrutural, a exemplo de ações coletivas propostas pelo Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho, naquele para afastar a administração do Conselho Federal de Enfermagem diante de notícias de desvios de recursos públicos e fraude em licitações, neste para conseguir a liquidação do passivo trabalhista. ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista jurídica* (Porto Alegre. 1953), v. 385, p. 45-60, 2009.

indicado por Sérgio Arenhart⁴⁶² acerca da gestão de um Hospital Estadual no Rio Grande do Norte⁴⁶³, diante de suspeitas de irregularidades em contrato de gestão firmado com determinada instituição. No caso, a solução vislumbrada pelo magistrado incluiu a intervenção judicial no hospital, inicialmente pelo prazo de 90 (noventa) dias.

Conforme o tipo de processo estrutural, pode ser adequado ainda uma delegação de competência para a execução, o que ocorre, por exemplo, em decisões de tribunais superiores quando os juízes de primeiro grau ou os tribunais inferiores costumam possuir melhores condições de promover a implementação da decisão, sendo possível que a delegação ocorra até mesmo para não magistrados que atuem como *longa manus* do poder judiciário, em prática regulada nos Estados Unidos com a denominação de *special masters*⁴⁶⁴. Referida técnica ocorreu, por exemplo, nos Estados Unidos, no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*⁴⁶⁵e, no Brasil, no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol⁴⁶⁶.

Em processos com presença de multipolaridade⁴⁶⁷, é necessária a promoção da participação⁴⁶⁸ e o controle representação adequada⁴⁶⁹ na etapa de definição e execução dos meios para o alcance do estado de coisas.

Nesses casos, é necessário um controle judicial *in concreto*, inclusive da condução do processo pelo legitimado coletivo⁴⁷⁰, sendo ainda adequado o uso de instrumentos que favoreçam a efetiva consideração dos diversos interesses, como a representação por meio de mais de um legitimado coletivo ou a divisão de um grupo em subgrupos⁴⁷¹, a atribuição a órgãos

⁴⁶² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410. p. 406.

⁴⁶³ Trata-se de caso envolvendo o Hospital Parteira Maria Correia Hospital Estadual de Referência e Atenção à Mulher de Mossoró, processo nº 0800817-45.2013.8.20.0001, com tramitação na 5º Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal.

⁴⁶⁴ Rule 53, Federal Rules of Civil Procedure.

⁴⁶⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955).

⁴⁶⁶ Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009.

⁴⁶⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: JOBIM, Marco F. ARENHART, Sérgio C. (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448.

⁴⁶⁸ Tratando da participação especialmente nos processos estruturais, COTA, Samuel Paiva. *Do Pedido e da Participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, 2019. p.93-117.

⁴⁶⁹ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, nº 108, p. 61-70, p. 68.

⁴⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 220.

⁴⁷¹ Antonio Gidi, em seu anteprojeto de processo civil coletivo, prevê tais possibilidades respectivamente nos arts. 2º, 2.2 e 10º, 10.4 GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, nº 111, p. 192-208.

estabelecidos do dever de ouvir a contribuição dos interessados⁴⁷², a criação de mesas de diálogo⁴⁷³, realização de audiências públicas, participação de *amicus curiae*, realização de pesquisas quantitativas, qualitativas, uso da internet, meios eletrônicos, tecnologia⁴⁷⁴, entre outras formas que favoreçam a manifestação dos diferentes subgrupos atingidos, conforme o tipo de litígio⁴⁷⁵, de modo a permitir que a definição dos meios para o alcance do fim, sua execução, supervisão e avaliação, considere os interesses de cada um deles.

Outra técnica que deve ser considerada, especialmente quando ausente um processo estrutural e presentes múltiplos processos individuais repetitivos tratando de violações decorrentes de um mesmo estado de coisas, é a prática da cooperação judiciária (art. 67 a 69 do CPC)⁴⁷⁶.

A possibilidade de tratar uniformemente e de modo prospectivo todos os processos acerca do mesmo estado de coisas que tramitem em diversos juízos permite um olhar estrutural, nesse sentido, para as ações individuais que tenham por causa de pedir uma ameaça ou violação decorrente de um mesmo estado de coisas. Em verdade, estas ações, que foram tratadas, por exemplo, nos casos das filas para vagas em creches no Município de São Paulo ou nos casos de filas para realização de cirurgias no Estado do Ceará, podem aqui buscar uma técnica para fazer

⁴⁷² Verbic indica a utilização de mecanismos de controle e participação cidadã com base em poder conferido pelo tribunal do Defensor del Pueblo de la Nación. VERBIC. Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina: Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 63-84, p. 81.

⁴⁷³ Berizonce se refere a mesas de diálogo criadas no caso “Verbitsky”. BERIZONCE, Roberto Omar. Los Conflitos de Interés Público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (Coord.) *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 261-286, p. 274.

⁴⁷⁴ MARÇAL, Felipe Barreto. Repensando os mecanismos de ampliação do contraditório. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. (Coord.) *Tecnologia Jurídica e Direito Digital*. II Congresso Internacional de Direito e Tecnologia. p. 451-467.

⁴⁷⁵ Para uma análise de diversas formas e técnicas de representação, inclusive conforme a tipologia do litígio coletivo (local, global ou irradiado) existente, abordando, sobretudo a relação entre o grupo titular de direitos coletivos e o legitimado coletivo, VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁷⁶ Exemplos bem-sucedidos de cooperação nacional já são indicados em doutrina, existindo, ademais, legislação expressa de sua possibilidade e que, de modo literal, considera a utilização da técnica para processos que, neste trabalho, são considerados estruturais (art. 69, §2º, IV e V do CPC), bem como que ocorrem mediante o efetivar/executar de uma decisão (art. 69, §2º, III e VII do CPC). Na doutrina citando o caso da implantação da conhecida “Vara-VASP”, por meio da qual a Corregedoria do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região determinou a concentração de todos os atos de execução decorrentes de ações contra a Companhia Aérea VASP, junto ao Juízo Auxiliar em Execução daquele Tribunal, ARENHART, Sérgio Cruz. Acesso à Justiça: relatório brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, v. 6, p. 15-36, 2017. Citando a elaboração de perícia conjunta para diversas ações (individuais e coletiva) ocorrida no Juízo Federal de Volta Redonda/RJ, CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, p. 682.

valer, quiçá, uma competência jurisdicional adequada implícita⁴⁷⁸ com fundamento constitucional no direito à isonomia, à tutela jurisdicional efetiva e à eficiência.

Parece haver uma competência implícita complementar, extraída de uma leitura sistemática de preceitos constitucionais⁴⁷⁹: a) que pela isonomia busque evitar, p. ex., que seja garantido o direito imediato à realização de uma cirurgia a quem não tenha urgência desta em detrimento de quem a tenha; b) que, pela tutela jurisdicional efetiva, possibilite viabilizar a construção de decisões que solucionem a causa das violações e não apenas remedeiem (às vezes sem efetividade) os seus efeitos; c) e, por fim, pela eficiência ou proporcionalidade no agir público⁴⁸⁰, extraia do processo jurisdicional toda a capacidade que possui na tutela dos direitos.

Não parece ser esse o caso de uma competência modificada por vontade⁴⁸¹ dos juízes cooperantes, ainda que em análise com base em juízo de ponderação⁴⁸². A Constituição, nesses casos, não parece admitir tal compreensão⁴⁸³. Uma competência jurisdicional adequada parece exigir, aqui, a prática de atos de cooperação judiciária para o tratamento da questão de forma estrutural. Conforme entende a doutrina, considerando a repetição de processos e a natureza fática da questão comum⁴⁸⁴ (estado de coisas), teria lugar a cooperação judiciária na modalidade

⁴⁷⁸ Sobre o tema e sua compreensão no contexto processual veja, BRAGA, Paula Sarno. *Competência adequada. Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, vol. 225, p. 13-41.

⁴⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 549.

⁴⁸⁰ Sérgio Arenhart trabalha a proporcionalidade sob a ótica da técnica de gestão processual no agir público. O autor sustenta a necessidade de “compatibilizar as garantias processuais das partes” (...) “com a necessidade do Estado em dar resposta mais eficiente às demandas judiciais”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 35-36.

⁴⁸¹ Entender como ato de vontade, levando ao extremo a expressão “poderão” constante do art. 68 do CPC, permite continuar validando entendimentos comuns e, ainda, tolerados, em que os juízes, parecendo ignorar o estado de coisas existente e notório, em que é impossível o cumprimento de todas as decisões nas ações individuais repetitivas em determinado tema, consideram que os autores dos casos que lhe foram distribuídos são os únicos, desconsiderando os casos distribuídos aos demais juízes e os nem mesmo judicializados.

⁴⁸² MEIRELES, Edilton. Cooperação Judiciária Nacional. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, ano 40, vol. 249, p. 59-80.

⁴⁸³ No mesmo sentido afirmando que “não se trata de simples faculdade outorgada aos magistrados. Porque os juízes estão investidos de verdadeiros poderes-deveres, presentes situações de preservação da isonomia ou da eficiência da prestação jurisdicional, a concentração de atos *deve* ocorrer”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2 (versão eletrônica), p. 32.

⁴⁸⁴ Cabral entende necessário compatibilizar a técnica cooperativa de centralização de processos com os incidentes de solução de casos repetitivos. Para o autor, apenas nos casos em que os métodos e as técnicas do microssistema de casos repetitivos não sejam aplicáveis (ora porque incabíveis, ora porque inconvenientes) é que teria lugar a técnica cooperativa de centralização de processos prevista no art. 69, §2º, VI do CPC. Entre os casos de não cabimento dos incidentes de solução de casos repetitivos se verificam os casos em que a questão comum é de natureza fática. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, p. 680.

de atos concertados pela centralização de processos repetitivos (art. 69, §2º VI do CPC).

Em um exemplo prático, todos os processos nos quais são pleiteadas vagas em creches perante o Município de São Paulo seriam centralizados no mesmo juízo, o que permitiria o tratamento do estado de coisas, com as mesmas premissas de um processo estrutural. O mesmo poderia ocorrer com as ações pleiteadas a realização de cirurgia e casos semelhantes.

Sob outra perspectiva, mesmo quando presente um processo estrutural, a cooperação judiciária pode ser uma técnica a ser utilizada. Nele, por exemplo, poderiam ser apensados os processos relacionados (art. 69, II do CPC) e que possam interferir ou receber interferência do alcance do estado de coisas buscado no processo.

Ademais, poderia ser o juízo do processo estrutural o responsável pela efetivação das tutelas provisórias e pela execução das decisões jurisdicionais (art. 69, §2º, III e VII do CPC) relacionadas ao objeto do processo estrutural, tal como a habilitação prevista no processo de Recuperação Judicial (art. 9º da Lei n. 11.101/2005). Indo além, tal juízo poderia, inclusive, proceder a uma “classificação dos direitos” conforme ordens de prioridade definidas pelo juízo estrutural, em analogia ao que ocorre na Lei de Falências (art. 83 e 84 da Lei 11.101/2005), definindo quais devem ser priorizados.

Como síntese das características do processo estrutural em referência aos direitos tutelados, é possível afirmar que: a) são direitos que se tutelam no mundo dos fatos; b) são direitos cuja tutela exige o tempo necessário ao alcance de um novo estado de coisas; c) a tutela estrutural é um meio para o alcance das tutelas específicas quando estas não o podem ser alcançadas de imediato e exigem um processo para definir o tempo, o modo e o grau de alcance; d) distinguem-se duas espécies de direito: o direito ao estado de coisas e os direitos cuja efetivação decorre do alcance do estado de coisas; e) o direito ao estado ideal de coisas é o resultado do entrelaçamento, após ponderação e concordância prática, entre os diversos direitos que busca efetivar; f) a pretensão de cada titular ao cumprimento dos efeitos decorrentes do estado de coisas (a exigibilidade de cada direito que o compõe) varia em tempo, modo e o grau, conforme a ponderação e a concordância prática indicadas para a fixação de seu conteúdo, a qual, se for o caso, deve incluir os direitos que possam afetar ou serem afetados pelos meios definidos para o alcance do estado ideal de coisas; g) exigem técnicas que considerem uma limitação da cognição, uma relação de exigibilidade que considere o alcance do estado ideal de coisas e um provimento idôneo ao alcance do estado de coisas; h) exigem técnicas executivas, que considerem as especificidades do estado de coisas que se busca, exigem cognição na

definição dos meios, bem como, uma retenção de jurisdição até o efetivo alcance do estado de coisas pretendido, de modo a permitir um constante diagnóstico que possibilite reavaliações periódicas e redefinição dos meios se necessário para o alcance do estado ideal de coisas.

4 DO CONCEITO AO RACIOCÍNIO TIPOLÓGICO DE PROCESSO ESTRUTURAL

4.1 O CONCEITO DE PROCESSO ESTRUTURAL NAS TRÊS PERSPECTIVAS DO CONCEITO DE PROCESSO

No início desta dissertação (item 2.1) se indicou a necessidade de recordar premissas à elaboração de conceitos. Convém retornar à primeira premissa fixada, segundo a qual, “o conceito a definir deve ser inserido no seu gênero, e devem ser-lhe aplicadas em seguida as diferenças específicas⁴⁸⁵”. Até aqui foram apresentadas diferenças específicas nos fatos (item 3.1) nas normas (item 3.2) e nos direitos (item 3.3) discutidos nos processos estruturais, tornando possível, prosseguir nos termos inicialmente se propostos.

O conceito de processo sempre foi e ainda é objeto de diversas teorias e controvérsias doutrinárias, de modo que foge ao objeto deste trabalho o exame de todas as perspectivas que já lhe utilizaram como objeto de análise. Também não parece existir uma única perspectiva para o conceito de processo que seja suficiente a todas as abordagens específicas que o processo estrutural exige.

Uma proposta mais adequada, entretanto, entende ser a de Fredie Didier Jr., ao compatibilizar algumas das correntes existentes em um conceito de processo que admite três diferentes enfoques, um revelando o que o processo é, outro, o que o processo gera e um terceiro para quê serve o processo⁴⁸⁶. Sobre cada uma dessas perspectivas analisará a existência de diferenças específicas do conceito de processo estrutural em relação ao conceito de processo.

4.1.1 O processo como modo de produção de norma jurídica e método de exercício de poder

A primeira entre as perspectivas do conceito de processo indicadas por Fredie Didier

⁴⁸⁵ ARISTÓTELES. *Tópicos*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda. 2007, p. 401.

⁴⁸⁶ DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 85.

Jr.⁴⁸⁷ ocorre sob o enfoque da Teoria da Norma Jurídica, segundo a qual o processo é um método de exercício de poder e de criação de normas jurídicas. Trata-se de perspectiva que pertence à Teoria Geral do Direito⁴⁸⁸, não se restringindo ao processo jurisdicional, sendo possível falar também de um processo legislativo, de um processo administrativo⁴⁸⁹ e até mesmo de um processo negocial⁴⁹⁰.

O processo estrutural apresenta diferenças específicas no tocante às normas que produz, sendo possível inclui-lo no gênero processo e apresentar diferenças específicas com relação a presente perspectiva conceitual.

Como visto (item 3.1.1), o processo estrutural se desenvolve em uma relação meio-fim na qual é fixado determinado estado de coisas (fim) não realizável em tempo imediato, em que são definidas certas ações (meios) que possibilitem uma transição (item 3.1.3) do estado de coisas atual para estado de coisas pretendido, em tempo, modo e grau também decididos processualmente.

Em decorrência dessa compreensão (item 3.2) é apresentado o que aqui se indica como diferença específica: o processo estrutural produz duas espécies de normas. Inicialmente, normas-princípio, fixando o estado de coisas pretendido⁴⁹¹ e, posteriormente, normas-regra definindo as condutas para o alcance daquele estado de coisas.

O processo estrutural, também nessa perspectiva, parece não se restringir ao processo jurisdicional. Basta pensar em todos os processos estruturais em que se discute a realização de determinada política pública. Caso não tivessem sido judicializados, mas processados apenas administrativamente: seriam processos administrativos estruturais. Bem pensadas as coisas,

⁴⁸⁷ DIDIER Jr., Freddie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 79.

⁴⁸⁸ É também o entendimento de Merkl, MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. s/ tradutor identificado. Mexico: Editora Nacional, 1980, p. 280.

⁴⁸⁹ É um aspecto ressaltado por Adolf Merkl, segundo o qual “El *derecho procesal legislativo*, que constituye la parte principal del derecho constitucional, representa la suma de las reglas de producción de las leyes y de otros actos estatales de rango superior o idéntico que las leyes; *derecho procesal judicial* abarca la suma de las reglas de producción de los actos judiciales y, por último, el *derecho procesal administrativo* la suma de las reglas de producción de los actos administrativos” (grifos no original). Em tradução livre: O *direito processual legislativo*, que constitui a parte principal do direito constitucional, representa a soma das regras de produção de leis e outros atos estatais de hierarquia superior ou idêntica às leis; o *direito processual judicial* abrange a soma das normas de produção dos actos judiciais e, por último, o *direito processual administrativo* a soma das normas de produção dos actos administrativos. MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. s/ tradutor identificado. Mexico: Editora Nacional, 1980, p. 282.

⁴⁹⁰ Entre outros sobre um processo obrigacional, BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2008.

⁴⁹¹ Como meio para tutela de determinados direitos (fins adicionais).

grande parte dos processos administrativos (excluídos os punitivos, os indenizatórios e os concessivos de direitos efetiváveis imediatamente) parecem ter feição predominantemente estrutural por visarem, em regra, alcançar determinado estado de coisas⁴⁹² (fixado por norma-princípio) por meio de condutas (fixadas por normas-regra).

Também parece ser possível falar em processo legislativo estrutural. O Plano Plurianual (art. 165, I, 1º da CF) ao estabelecer “diretrizes, objetivos e metas da administração” se constitui uma multiplicidade de normas-princípio⁴⁹³, as quais serão parâmetro para a elaboração dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição (§4º do art. 165 da CF), estes enquadráveis como normas-regra.

Um exemplo de processo negocial estrutural ocorre no campo das fusões empresariais, nas quais, inicialmente é estabelecido em um protocolo, carta ou memorando de intenções as linhas gerais dos objetivos a serem alcançados (ex. duas empresas se tornarem uma). Ações das partes, definidas com base em referido estado de coisas⁴⁹⁴, se constituem em normas-regra para alcançá-lo. Outro exemplo seria a Recuperação Extrajudicial prevista na Lei n. 11.101/2005 (art. 161/166) ou as outras modalidades de acordos que são admitidas pela lei (art. 167 da Lei n. 11.101/2005).

4.1.1.1 Função, conteúdo, modo de produção e estabilidade das normas-princípio produzidas em um processo jurisdicional estrutural

Com base no que até aqui já se dissertou, é possível delimitar ainda a função da norma-princípio produzida em um processo estrutural. Trata-se de norma que visa diretamente um estado de coisas (item 3.2.2.1) como um meio para tutelar direitos (item 3.3.1.1) no mundo dos fatos, de modo específico e realizáveis em tempo, modo e grau intrinsecamente variáveis.

Referida norma-princípio deve ter por conteúdo determinados aspectos (item 3.2.2.3). É necessário que seja delimitado qual é o sentido atribuído ao estado de coisas (aspecto material - sentido do estado de coisas), a que objeto se refere (aspecto objetivo - o quê do estado de coisas), quem lhe serve de parâmetro (aspecto subjetivo - estado de coisas para quem, na visão

⁴⁹² Também aqui o estado de coisas é meio para fins adicionais, em regra os objetivos definidos no plano plurianual.

⁴⁹³ Também aqui o estado de coisas é meio para fins adicionais. Segundo a CF-1988, entre tais fins adicionais se encontra “reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional (CF-1988, art. 165, §7º).

⁴⁹⁴ Os fins adicionais para os quais se busca referido estado de coisas em regra são definidos no planejamento estratégico de cada companhia.

de quem e por quem), qual momento é considerado (aspecto temporal – momento de realização e momento de aferição do estado de coisas) e em que medida ele deve ser atingido (aspecto quantitativo – o estado de coisas deve ser promovido em que medida).

Para a produção da norma-princípio, deve-se tomar em consideração o estado de coisas atual e as situações jurídicas (direitos) dele resultantes (item 3.3.4). Com base nos direitos não efetiváveis no estado de coisas atual (quando múltiplos, por meio de ponderação e concordância prática) se definem os diferentes aspectos do estado de coisa futuro a ser alcançado e que seja proporcional ao alcance de tal fim (item 3.2.3.2.3).

Diferentemente da definitividade que em regra marca as normas produzidas pela jurisdição, a norma-princípio produzida no processo estrutural está sempre sujeita à quebras de estabilidade decorrentes da necessidade de manter-se proporcional (adequada, necessária e proporcional em sentido estrito) à tutela dos direitos que se propõem a efetivar, sobretudo ante evoluções ou desenvolvimentos não previsíveis de fatos ou direitos relacionados (item 3.1.3.2).

4.1.1.2 Função, conteúdo, modo de produção e estabilidade das normas-regra dos processos estruturais

Trata-se de norma que descreve comportamentos consubstanciados em necessidades práticas para o alcance do estado de coisas definido por uma norma-princípio (3.2.2.1). Distingue-se assim das normas-regras dos processos não estruturais por não descrever comportamentos como decorrência de uma avaliação (retrospectiva) de correspondência dos fatos em relação à descrição hipotética da norma, mas sim por uma relação de instrumentalidade (prospectiva) que estabelece quanto meio para o alcance do estado de coisas pretendido.

A norma-regra em um processo estrutural deve ter por conteúdo os seguintes aspectos (item 3.2.2.3): a conduta necessária à promoção do fim (aspecto material – como será alcançado o estado de coisas); e quem deverá adotá-la. (aspecto subjetivo – quem irá promover o estado de coisas).

Para a produção das normas-regra de um processo estrutural, deve-se tomar em consideração o estado de coisas pretendido e os meios disponíveis para alcançá-lo procedendo a escolha do(s) meio(s) a adotar com base em sua adequação, necessidade e proporcionalidade (item 3.2.3.3) em relação ao estado de coisas.

Havendo uma multiplicidade de direitos entrelaçados no alcance do estado de coisas, é necessária a definição da exigibilidade de cada um (em tempo, modo e grau) com base em uma atividade de ponderação e concordância prática (item 3.3.5.1).

Por fim, caso os meios definidos afetem direitos não relacionados ao estado de coisas pretendido, deve-se proceder também com a ponderação e concordância prática entre os direitos entrelaçados e os afetados, podendo implicar alterações na exigibilidade do direito ao estado de coisas, seu tempo, modo e grau de exigibilidade (item 3.3.5.2).

Também a norma-regra produzida no processo estrutural está sempre sujeita a quebras de estabilidade decorrentes da necessidade de manter-se proporcional (adequada, necessária e proporcional em sentido estrito) ao estado de coisas pretendido, que ocorre, sobretudo, ante evoluções ou desenvolvimentos não previsíveis de fatos ou direitos relacionados (item 3.1.3.2).

Tanto será possível a posterior identificação de que as normas-regras definidas se revelaram inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais, quanto é possível que o estado de coisas definido seja alterado em decorrência de este revelar-se inadequado, desnecessário ou desproporcional aos direitos que tutela.

4.1.2 O processo como ato jurídico complexo

Uma segunda perspectiva é selecionada por Fredie Didier Jr.⁴⁹⁵ com base na Teoria do Fato Jurídico. Assim, o processo é um ato jurídico complexo de formação sucessiva⁴⁹⁶. Há um ato final que o caracteriza, define sua natureza e lhe dá denominação e há ato ou atos condicionantes deste ato final, todos relacionam-se entre si, ordenados no tempo e destinados a um fim⁴⁹⁷. Um conjunto de atos jurídicos relacionados entre si e que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a tutela jurisdicional. Trata-se de categoria na qual se enquadra o procedimento⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 81.

⁴⁹⁶ Conforme Calmon de Passos o processo ou procedimento é “um exemplo importante de tipo complexo de formação sucessiva. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 83.

⁴⁹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*: 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 224.

⁴⁹⁸ Acrescentando à definição do processo que o procedimento seja realizado em contraditório, FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.p, 93-94 e 118-119.

Também por esse enfoque, o processo estrutural apresenta diferenças específicas em relação ao seu gênero. A especificidade se apresenta por seu fim, uma transição entre estados de coisa (item 3.1.3.1) não realizável de modo imediato e, cujo tempo, modo e grau de realização devem ser definidos processualmente. Referido fim, ademais, se alcança como um meio para a tutela específica dos direitos.

Como se afirmou, o processo estrutural tem por objeto promover uma transição entre estados de coisa (item 3.1.3.1). De um estado de coisas contrário ao Direito e cuja lesão ou ameaça provocadas implica direito a uma tutela específica, para um estado de coisas em que seja possível efetivar tal tutela. O processo estrutural, assim, apresenta diferenças específicas dignas de nota.

4.1.2.1 Um procedimento em duas fases

É possível identificar grande proveito no rito do processo estrutural se desencadear em duas fases. O objeto dos processos estruturais sugere uma primeira fase em que seja possível diagnosticar o estado de coisas atual e as diferentes ameaças, ilícitos e danos por ele provocadas e que apenas possam ser tuteladas, de modo específico, por meio do alcance de um estado ideal de coisas. Apenas por meio de uma fase específica com tais análises, é possível definir o estado de coisas pretendido em seus diferentes aspectos (item 3.2.2.3).

Uma segunda fase deve ser dedicada a definir os meios proporcionais ao alcance do estado de coisas definido (item 3.2.3.3) e executá-los, se for o caso, modificando referida decisão conforme os meios definidos se revelem desproporcionais ao alcance do estado de coisas, ou o próprio estado de coisas definido na primeira fase se revele desproporcional ao alcance dos direitos que busca efetivar.

4.1.2.2 Ato final como efetivação da transição entre estados de coisas que possibilita a tutela dos direitos

O processo estrutural, dada sua circunstância de buscar um estado de coisas como condição para a tutela específica de direitos, terá por ato final aquele que proporcionar referido alcance.

Trata-se de ato que se efetiva no mundo dos fatos (item 3.3.1.1) criando, extinguindo ou modificando um estado de coisas e na medida em que seja proporcional para tutela dos direitos que se propôs possibilitar a efetivação.

4.1.3 O processo como relação jurídica

Um último enfoque é utilizado por Freddie Didier Jr.⁴⁹⁹ para a conceituação do processo, o qual também se fundamenta na Teoria do Fato Jurídico. Por essa perspectiva, o processo é um efeito jurídico que se identifica com o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, as quais formam uma relação única denominada processo⁵⁰⁰. Trata-se de uma relação jurídica composta por um feixe⁵⁰¹ de relações jurídicas.

4.1.3.1 Ausência de distinção no conteúdo da relação jurídico-processual

Diferentemente dos conceitos anteriores não se verifica diferença específica da relação jurídico-processual em geral para a relação jurídica processual em um processo estrutural. Em que pese ser possível falar de alterações pontuais nas situações jurídicas que lhe são conteúdo, não se entende que tais distinções alteram o objeto da relação jurídico-processual como já desenvolvida na teoria do processo.

Sucede que, malgrado não existir uma diferença específica de conteúdo e que seja aplicável a todo processo estrutural, há uma peculiaridade digna de nota. A imensa maioria (senão a totalidade) da teoria desenvolvida sobre os processos estruturais, até o momento,

⁴⁹⁹ DIDIER Jr., Freddie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 81.

⁵⁰⁰ É de Oskar Bülow a identificação do processo como uma relação jurídica. Nas palavras do autor “Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se há afirmado, también, que es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una *relación jurídica*.” (grifo no original). Em tradução livre: "Nunca se duvidou que o direito civil processual civil determina as faculdades e os deveres que colocam em mútua vinculação as partes e o tribunal. Mas, assim, pode-se afirmar, também, que é uma relação de direitos e obrigações recíprocas, isto é, uma relação jurídica." BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Miguel Angel Rosas Lichtschein (trad.). Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América, 1964, p. 1

⁵⁰¹ DIDIER Jr., Freddie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 82.

parece ter sido desenvolvida com base em casos nos quais se verifica uma distinção, não no conteúdo, mas nos sujeitos da relação jurídica processual.

De fato, em regra, o processo estrutural é marcado pelo fenômeno da multipolaridade. A ideia será desenvolvida a seguir.

4.1.3.2 Multipolaridade decorrente dos direitos tutelados e afetados pela transição entre os estados de coisa

Conforme sustentado a partir do fenômeno da múltipla incidência (item 3.3.4) foi possível concluir que, em regra, existem de múltiplos direitos entrelaçados no direito a um estado ideal de coisas, cada um desses direitos exige um polo a ser considerado e, portanto, um polo a participar do processo.

Ademais, mesmo um direito não entrelaçado no direito a um estado de coisas pode implicar em polo a exigir participação no processo quando, e na medida em que, for afetado pelos meios definidos no alcance do estado de coisas (item 3.3.5.2).

Em regra, os direitos são agrupados no processo conforme sua similitude, seja para definição do conteúdo do direito ao estado de coisas, seja para a sua exigibilidade. Nesse sentido, um bom exemplo são as classes de credores em uma Recuperação Judicial, o que se justifica à medida que direitos semelhantes reclamam proteção semelhante.

A diferença específica e que deve ser ressaltada é que não se trata de qualquer multipolaridade, uma vez que essa pode ocorrer inclusive em processos não estruturais (p. ex. múltiplos polos buscando um resarcimento genérico contra um devedor). Trata-se de uma multipolaridade decorrente da relação com o direito ou com a exigibilidade de um estado de coisas futuro, portanto, uma multipolaridade qualificada.

4.1.4 Articulação dos conceitos apresentados

Tal qual o conceito de processo⁵⁰², também o conceito de processo estrutural pode ser

⁵⁰² DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 85.

apresentado por meio de uma articulação dos três enfoques aqui indicados com as respectivas diferenças específicas.

Também aqui é possível revelar o que o processo estrutural é, para que o processo estrutural serve e o que o processo estrutural gera.

Nesse sentido, é possível afirmar que o processo estrutural: a) é um ato jurídico complexo que tem por ato final uma transição não imediata entre estados de coisa; b) serve para a produção de normas-princípio e normas-regra, estabelecendo os fins e os meios para alcance da transição que tem por objeto; e c) gera uma relação jurídica com uma tendência ao fenômeno da multipolaridade.

4.2 PROCESSO ESTRUTURAL: DO CONCEITO AO TIPO

4.2.1 Considerações gerais sobre a distinção entre conceito e tipo

Até aqui se buscaram elementos para uma conceituação do processo estrutural. Foram analisados os fatos (item 3.1), as normas (item 3.2) e os direitos (item 3.3) os quais permitiram apresentar suas diferenças específicas em relação ao seu gênero, o processo. Todavia, há outro modo de raciocínio com uma metodologia distinta da conceitual e que agora merece análise: o raciocínio tipológico

Muito embora seja possível afirmar que a distinção entre conceito e tipo seja de grau⁵⁰³ e menos distante em determinadas situações, aqui é importante dissociá-los para adequada compreensão dos processos estruturais.

Com base em Arthur Kaufmann⁵⁰⁴, é possível dizer que um raciocínio por conceito se

⁵⁰³ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 31, 1987. p. 213-260, p.234

⁵⁰⁴ Nas palabras do autor: "El tipo constituye un punto medio entre lo particular y lo general, es comparativamente un concreto, un *universale in re*. Así se diferencia, por un lado, del concepto general-abstracto, que es "definido" (esto es, limitado) por un número reducido de características aisladas y que, con ello, se opone – según Kant – a la comprensión. El tipo, con su mayor objetividad, comprensibilidad y vecindad a la realidad, no es, a diferencia de aquél, definible, sino sólo "explicable". Es cierto que tiene un núcleo fijo, pero carece de fronteras. Por eso, puede faltar uno que otro de sus "rasgos" caracterizadores, sin que la tipicidad de una situación de hecho sea puesta en duda o necesite serlo. El concepto (aquí siempre entendido como concepto general-abstracto, "concepto de género", "concepto de clase") es cerrado y el tipo es abierto. El concepto conoce sólo el cortante "o lo uno o lo otro". El concepto divide; el pensamiento conceptual es siempre "pensamiento divisorio". El tipo (el "concepto de

forma pela presença de um número reduzido de características isoladas exigindo a presença de todas elas para que se afirme presente o que se quer conceituar. O conceito é fechado, ou é um ou é outro, não admite gradações, ou incompletudes nas características que o compõem

No raciocínio por tipo, em que pese a existência de um núcleo fixo, uma ou outra de suas características pode estar ausente sem ser necessário questionar a tipicidade do fato em análise. O tipo é aberto, comporta uma adequação em maior ou menor medida conforme exige a realidade⁵⁰⁵.

Nas palavras de Misabel Derzi, o tipo “opõe-se a conceito classificatório, pois não contém notas rígidas, mas graduáveis; é um conjunto não delimitado, em que a ideia de totalidade é primacial⁵⁰⁶” ou, em outras palavras, o tipo é uma “ordem rica de notas referenciais ao objeto, porém renunciáveis, que se articulam em uma estrutura aberta à realidade, flexível, gradual, cujo sentido decorre dessa totalidade⁵⁰⁷”.

Para a autora, enquanto o conceito de classe é definido em um número limitado e necessário de características, o tipo não é definido, mas apenas descrito, suas características não são indispensáveis, sendo que algumas delas podem faltar⁵⁰⁸.

Também Karl Larenz⁵⁰⁹ se manifesta de modo semelhante acerca do raciocínio tipológico ao afirmar “as notas distintivas dadas em ordem à concretização (...) podem ser

orden”, el “concepto funcional”, el “concepto de sentido”) se acomoda al “más o menos” de la variada realidad. El tipo une, da a conocer conexiones de sentido y lo general es en él concebido comprensiva y “totalmente”. Em tradução livre: O tipo constitui um ponto médio entre o particular e o geral, é comparativamente um concreto, um geral. Isso diferencia, por um lado, do conceito geral-abstrato, que é “definido” (isto é, limitado) por um número limitado de características isoladas e que, com isso, se opõe - segundo Kant - ao entendimento. O tipo, com sua maior objetividade, compreensibilidade e proximidade com a realidade, não é, em contraste com isso, definível, mas apenas “explicável”. É verdade que tem um núcleo fixo, mas não tem fronteiras. Portanto, um ou outro de seus “traços” caracterizadores pode estar faltando, sem o fato de que a tipicidade de uma situação ser questionada ou precisar ser. O conceito (aqui sempre entendido como um conceito geral-abstrato, “conceito de gênero”, “conceito de classe”) é fechado e o tipo é aberto. O conceito conhece apenas o corte “ou o um ou o outro”. O conceito se divide; o pensamento conceitual é sempre “dividir o pensamento”. O tipo (o “conceito de ordem”, o “conceito funcional”, o “conceito de significado”) acomoda o “mais ou menos” a variação da realidade. O tipo une, revela conexões de sentido e o geral é concebido de maneira comprensiva e “total”. (KAUFMANN, Arthur. *Analogía y “naturaleza de la cosa”: hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Enrique Barros Bourie (trad.) Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 94-95.

⁵⁰⁵ KAUFMANN, Arthur. *Analogía y “naturaleza de la cosa”: hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Enrique Barros Bourie (trad.) Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 94-95.

⁵⁰⁶ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 31, 1987. p. 213-260, p.223.

⁵⁰⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 31, 1987. p. 213-260, p.235.

⁵⁰⁸ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 31, 1987. p. 213-260, p.228-229.

⁵⁰⁹ LARENZ, Karl. *Metodología da Ciência do Direito*. 3^a ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 662.

pertinentes em grau distinto, não susceptível de fixação em termos genéricos; dependendo no conjunto menos de tais notas distintivas particulares do que da ‘imagem fenomênica’ global”.

Assim, é possível compreender as razões pelas quais, no raciocínio por tipo, se verifica uma abstração mais concreta que no raciocínio por conceito⁵¹⁰, ou como já se afirmou, o tipo se constitui em um ponto médio entre o particular e o geral⁵¹¹. A possibilidade de tomar características sem limites rigorosos, algumas com presença em maior ou menor medida, outras, inclusive, com a possibilidade de estarem ausentes, e sendo posto maior enfoque na totalidade representativa que nas características isoladas, permite ao tipo uma maior aderência ao que ocorre na realidade.

Deve-se salientar, todavia, não se estar a afirmando que o raciocínio por tipo seja melhor em relação ao raciocínio por conceito. Em verdade, é questão de adequação, sendo possível afirmar com Misabel Derzi⁵¹² que em certos setores jurídicos (ex. Direito Penal e Direito Tributário) prevalecem os conceitos, enquanto em outros (ex. Direito Civil sobretudo nas normas relativas aos contratos) encontra-se largo espaço aos tipos.

Conforme se fundamentará a seguir, o raciocínio por conceito parece não ser suficiente para uma apreensão das múltiplas manifestações do processo estrutural, caso em que o raciocínio por tipo se apresenta como alternativa.

4.2.2 A necessidade da dupla abordagem, o fundamento geral e os fundamentos específicos que sustentam a aplicação de uma racionalidade tipológica na caracterização dos processos estruturais

4.2.2.1 A necessidade da dupla abordagem (conceitual e tipológica) e o fundamento geral da sociologia para aplicação do raciocínio tipológico aos processos estruturais

A partir da compreensão da palavra *Zweckrational* (item 3.1.2.1), cujo sentido foi

⁵¹⁰ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 31, 1987. p. 213-260, p.231

⁵¹¹ KAUFMANN, Arthur. *Analogía y “naturaleza de la cosa”: hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Enrique Barros Bourie (trad.) Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 94-95.

⁵¹² DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 31, 1987. p. 213-260, p.243

desenvolvido por Max Weber fundamentou-se toda a compreensão do processo estrutural, como um caso especial de ação racional referente a fins.

Segundo Weber, é possível tratar de quatro modos de orientação para a ação: 1) de modo racional referente a fins; 2) de modo racional referente a valores; 3) de modo afetivo; 4) de modo tradicional. Mas o autor esclarece “Só muito raramente a ação, e particularmente a ação social, orienta-se exclusivamente de uma ou de outra destas maneiras”. Segundo o autor, trata-se em verdade de “tipos conceitualmente puros, criados para fins sociológicos, dos quais a ação real se aproxima mais ou menos ou dos quais – ainda mais frequentemente – ela se compõe⁵¹³”.

O autor trabalha com o conceito de tipo ideal (ou puro) como forma de possibilitar a realização de uma casuística sociológica. Segundo Weber, os tipos puros denotam a unidade consequente da adequação de sentido mais plena possível⁵¹⁴.

Weber afirma que “nem de longe se cogita aqui sugerir que toda a realidade histórica pode ser ‘encaixada’ no esquema conceitual desenvolvido⁵¹⁵, mas o fato de os tipos ideais não ocorrerem, em regra, de forma realmente pura, “não deve impedir em ocasião alguma a fixação do conceito na forma mais pura possível”⁵¹⁶.

Como se percebe, também o autor adota o raciocínio tipológico em sua teoria, e, de modo especial, para tratar da racionalidade referente a fins, a qual, como sustentado (item 3.1.2.1), é um dos fundamentos para a compreensão do processo estrutural, todavia, o faz inicialmente por meio do que denomina tipo ideal (puro). Segundo Weber⁵¹⁷, tal método tem a vantagem de poder dizer, no caso particular, em que a realidade se aproxima de um de um ou outro tipo, além de trabalhar com conceitos razoavelmente inequívocos.

⁵¹³ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva*. V. 1. 3^a Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 16.

⁵¹⁴ Nas palavras do autor “o mesmo fenômeno histórico, por exemplo, pode ter, numa parte de seus componentes, caráter “feudal”, noutra parte, caráter “patrimonial”, numa terceira, “burocrático” e, numa quarta “carismático”. Para que com estas palavras se exprima algo único, a Sociologia, por sua vez, deve delinear tipos “puros” (“ideais”) dessas configurações, os quais mostram em si a unidade consequente de uma adequação de sentido mais plena possível, mas que, precisamente por isso, talvez seja tão pouco frequentes na realidade quanto uma reação física calculada sob o pressuposto de um espaço absolutamente vazio. Somente dessa maneira, partindo do tipo puro (“ideal”), pode realizar-se uma casuística sociológica. (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva*. V. 1. 3^a Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 12)

⁵¹⁵ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva*. V. 1. 3^a Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 141-142

⁵¹⁶ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva*. V. 1. 3^a Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 141.

⁵¹⁷ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva*. V. 1. 3^a Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 141.

E assim se justifica a dupla abordagem realizada nesse trabalho (por conceito e por tipo). Ao identificar características “puras” aplicáveis apenas a processos estruturais e a todos os processos estruturais, foi possível a construção de conceitos que nos servem, com amparo da fundamentação sociológica, como um tipo ideal (puro).

Como caso especial de racionalidade referente a fins, o processo estrutural parece herdar a característica de melhor ser tratado com base em raciocínio tipológico, e inicialmente identificando suas características ideais (puras). Um processo estrutural dificilmente será puro, no sentido de atender integralmente as características que ao longo da dissertação (especialmente no capítulo 3) foram apresentadas, mas elas são a base de comparação para a identificação de um processo estrutural por meio de um raciocínio tipológico, metodologicamente bem realizado.

Em verdade, há grande utilidade na compreensão do processo estrutural como um tipo ideal (puro). No entanto, deve existir a consciência de que na prática, em regra, a realidade se apresenta de modo distinto, seja pela possibilidade de um processo ser estrutural em maior ou menor medida, seja pela existência de características não imprescindíveis ao seu enquadramento no tipo, seja convivência entre uma tutela estrutural e uma não estrutural em um mesmo processo com várias combinações de intensidade. Sobre tais hipóteses, se aprofunda a seguir.

4.2.2.2 Fundamentos específicos para aplicação do raciocínio tipológico aos processos estruturais

4.2.2.2.1 Graus de estruturalidade

Nesse instante parece adequado retomar questão levantada no início deste trabalho, mas que, até o momento, não recebeu adequado tratamento. Com base em formulação de Mariela Puga, foi indicado (item 2.3.5.1.1) que os fatos e as relações que compõem a causalidade de um processo estrutural podem ser “escolhidos”⁵¹⁸ entre diversas formas de

⁵¹⁸ A autora compara a atividade do juiz com a atividade de um arquiteto e um engenheiro em projetar e construir o relato causal em que os juízes selecionam, ordenam, nomeiam (isto é, avaliam previamente) os fatos provados e compõem histórias com o significado deles. O que eles estabelecem é um discernimento particular do conflito,

relatar o conflito, opção que permitirá caracterizar o caso como estrutural ou não.

A autora exemplificou sua compreensão por meio do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*,⁵¹⁹ no qual a corte incluiu no relato causal o fato de que a segregação nas escolas prejudicava a autoestima das crianças negras, gerando nelas um sentimento de inferioridade, implicando um dano psicológico, o qual foi ligado casualmente à segregação⁵²⁰. Todavia, para a autora, a corte poderia ter escolhido outros relatos, mais amplos ou mais restritos.

Um relato causal mais amplo seria que o dano ou sentimento de inferioridade causado pelas regras segregacionistas alcançava todas as pessoas afrodescendentes, não apenas as crianças negras. Um relato causal mais restrito poderia ligar o dano psicológico sofrido pelas crianças negras não às regras segregacionistas (“separados” da regra separados mas iguais), mas sim às condições materiais inferiores que se encontravam as escolas (“iguais” da regra separados mas iguais), o que excluiria do âmbito da ação todas as escolas segregadas, mas com condições materiais similares⁵²¹, com a eliminação das desigualdades verificadas.

Pela compreensão até então desenvolvida, especialmente considerando a adoção de um raciocínio tipológico no trato dos processos estruturais, é possível falar em graus de estruturalidade conforme a amplitude dos efeitos da reestruturação promovida.

Assim, no exemplo de Mariela Puga, a solução que apenas igualasse as condições materiais entre as escolas poderia ser levada a efeito por um processo estrutural, muito embora, em comparação com uma solução pelo fim da segregação, aquela teria um grau de estruturalidade inferior. Na prática, o fim da segregação nas escolas é uma solução que engloba a primeira como uma “causa da causa”⁵²². A solução mais ampla, a qual entenderia por englobar todas as pessoas afrodescendentes, e buscária o fim das regras segregacionistas não apenas nas escolas, mas em todos os âmbitos, incluiria as duas causas anteriores, possuindo, portanto, um ainda maior grau de estruturalidade.

criado a partir de uma composição criativa da narrativa da causalidade. (PUGA, Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires, 2013, p. 106-107).

⁵¹⁹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁵²⁰ PUGA, Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013. p. 85-86.

⁵²¹ PUGA, Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013. p. 91-99.

⁵²² Dizer tratar-se de uma “causa da causa” seria afirmar que se a existência de condições materiais desiguais provoca um sentimento de inferioridade, a segregação nas escolas provoca a existência de condições materiais desiguais.

Ao fim, poderia ser necessário ir além, se verificado não ser suficiente apenas o fim de regras segregacionistas, ainda que em todos as áreas, sendo necessária a busca de um estado de coisas em que seja reconhecido, de fato e de direito, uma igualdade em sentido material em que sequer se discuta sobre igualdade entre pessoas, pois independente da ascendência oriunda desta ou daquela região do mundo, todos são, simplesmente, pessoas. É possível que a busca por esse estado de coisas alcance o grau máximo de estruturalidade, podendo exigir durante um período mais do que ausência de discriminação, a presença de discriminações positivas que permitam alcançar o estado de coisas de uma igualdade em sentido material.

Uma metáfora pode auxiliar na compreensão. Uma árvore cujos frutos são venenosos pode receber uma tutela inibitória por um processo com baixo ou nenhum grau de estruturalidade, que permitiria colher os frutos e encaminhá-los para um descarte seguro. Certamente outros frutos apareceriam no outono seguinte e o mesmo procedimento poderia ser adotado, às vezes, por meio de outro processo. Um grau mais alto de estruturalidade seria o que tivesse por objetivo não apenas colher os frutos, mas cortar os galhos da árvore. Nesse caso, possivelmente, durante um tempo, não nasceriam novos frutos, ao menos até que novos galhos brotassem e deles surgissem frutos. O raciocínio seguinte já é previsível. Um processo que vise cortar o tronco da árvore teria um grau de estruturalidade ainda maior, possivelmente inferior apenas se comparado ao processo que corta a árvore pela raiz, o qual em nossa metáfora possuiria um grau máximo de estruturalidade.

Outros exemplos práticos podem ser acrescentados.

Nos processos estruturais envolvendo superlotação de sistemas prisionais, em alguns casos a construção de mais presídios com a disponibilização de novas vagas com o atendimento das condições regulamentares pode se dar por um processo estrutural de baixa estruturalidade. Um processo estrutural de um grau maior de estruturalidade pode passar por medidas que busquem uma redução da criminalidade (talvez pela construção de escolas) a qual evitaria a necessidade de novas vagas.

Nos processos envolvendo a saúde pública, um processo estrutural pode exigir, mais serviços assistenciais, com mais leitos de UTI, maior disponibilização de medicamentos e tratamentos para as patologias que acometem a população. Uma maior estruturalidade poderia ocorrer em um processo estrutural mediante uma atuação preventiva, por exemplo, em ações de saneamento básico, a qual evitaria a necessidade dos leitos e medicamentos.

Assim, confirma-se a necessidade de aplicação de um raciocínio tipológico com base

no grau da estruturalidade promovido, conforme o estado de coisas incluído como objeto mediato do processo.

4.2.2.2.2 Características não imprescindíveis

Foi exposto na compreensão do raciocínio tipológico que um de suas marcas é a presença de características não imprescindíveis⁵²³, renunciáveis⁵²⁴. Tal marca também se verifica nos processos estruturais, um exemplo pode confirmar o que se sustenta.

O exemplo vem do que Edilson Vitorelli⁵²⁵ denomina litígios de difusão global, nos quais “a violação a um direito transindividual não atinge, de modo especial, qualquer pessoa⁵²⁶”, o bem jurídico não é protegido por interessar especificamente a alguém, mas por interessar genericamente a todos. O exemplo do autor é o caso de um vazamento de óleo em quantidade relativamente pequena em uma perfuração profunda no meio do oceano.

Entre as características que foram indicadas para os processos estruturais, se encontra a busca pelo alcance de um estado ideal de coisa como meio para tutela específica de direitos. Por outro lado, uma das características dos denominados litígios de difusão global é que deles não decorre nenhuma lesão a grupo específico. Não parece ser possível indicar, nesses casos, que o estado de coisas pretendido seja estrutura (plataforma) para efetivação de nenhum direito específico adicional. Em tais litígios, o estado de coisas pretendido parece ser um fim em si mesmo.

⁵²³ KAUFMANN, Arthur. *Analogía y “naturaleza de la cosa”: hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Enrique Barros Bourie (trad.) Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 94-95.

⁵²⁴ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 31, 1987. p. 213-260, p.231

⁵²⁵ Edilson Vitorelli propôs uma nova tipologia dos litígios coletivos. A primeira das categorias indicada pelo autor é denominada de litígios de difusão global e ocorre nas situações em que “a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa”. Não se atinge de modo especial nenhum grupo ou pessoa, sua titularidade é do “conjunto de habilitantes do planeta”. A segunda das categorias de litígios transindividualis é a que trata dos litígios de difusão local. Essa espécie cuida das lesões que atingem de “modo específico e grave (...) grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial” a exemplos das comunidades quilombolas, indígenas, trabalhadores e minorias diversas. A terceira e última das categorias de litígios transindividualis da trilogia de Edilson Vitorelli é a que trata dos litígios de difusão irradiada os quais têm por características o fato de as lesões que permitem sua identificação “afetarem diretamente os interesses de diversas pessoas ou seguimentos sociais” e em diversas medidas diferentes, permitindo o surgimento de visões divergentes e até mesmo antagônicas sobre o conflito. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 35-111.

⁵²⁶ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 77.

Também nesses casos, a multipolaridade que foi indica como decorrente dos direitos tutelados e afetados pela transição entre os estados de coisas parece perder sua razão de ser⁵²⁷ pois, como afirmado, tais direitos não são verificados de modo específico. Na verdade, existe no caso um único polo em que se encontram todos os cidadãos do mundo, no qual o único excluído é o próprio causador da lesão⁵²⁸.

Todavia, em uma percepção total, as características existentes permitem uma conexão de sentido com o tipo estrutural, sobretudo porque nesses casos o modo, o tempo e o grau da reparação precisam ser definidos ante a “existência de múltiplas soluções que poderiam dar tutela jurisdicional adequada ao direito material violado⁵²⁹”. Há um estado de coisas pretendido que não pode ser alcançado de modo imediato e cujo tempo, modo e grau de alcance precisam ser processualmente definidos: ainda que ausentes algumas características, há um processo estrutural. Também por essa marca o raciocínio tipológico se mostra útil.

4.2.2.2.3 Convivência entre tutela estrutural e tutela não estrutural

Um outro aspecto que pode justificar um raciocínio por tipo é a possibilidade de cumulação de pedidos em um único processo (art. 327 do CPC). Conforme se afirmou (item 3.3.1), a tutela estrutural exige uma atuação no mundo dos fatos, de modo específico e que não possa ocorrer de modo imediato, uma vez que depende do alcance de um estado de coisas futuro.

Assim, e com as ressalvas que já foram feitas quanto do estudo do tema (item 3.3.1.1), à luz da classificação ternária das ações, não seriam estruturais provimentos decorrentes de sentenças meramente declaratórias ou constitutivas. Mesmo entre as sentenças condenatórias, não seriam estruturais as execuções efetiváveis em ato imediato, de um único modo ou em um único grau de execução, como são, em grande medida, as obrigações de pagar quantia certa, fazer, não fazer e entregar coisa. Apenas seriam executáveis mediante uma tutela estrutural as execuções que busquem um estado de coisas futuro, cujo, tempo, modo e grau de alcance

⁵²⁷ Para Edilson Vitorelli, a multipolaridade é marcante em outros tipos de litígio, os litígios de difusão irradiada. A esse respeito, VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 85

⁵²⁸ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 79-80.

⁵²⁹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 475.

precisem ser processualmente definidos.

Sucede que a citada possibilidade de cumulação de pedidos implicará, no mais das vezes, um processo que seja em parte estrutural e em parte não estrutural. O dano ambiental é um bom exemplo para o que se afirma.

Em um dano ambiental, por exemplo, é possível que parte da tutela seja concedida de modo específico (*in natura*), parte por meio de resarcimento pelo equivalente em dinheiro e, uma outra parte, implique aplicação de determinada penalidade ao infrator. Apenas para a primeira será analisada possibilidade de um tratamento mediante uma tutela estrutural. Para esses casos, em raciocínio semelhante ao que sustentou Max Weber no contexto dos tipos puros de dominação⁵³⁰, é possível dizer, dentro da complexidade do processo, o que há nele de estrutural e o que há de não estrutural.

Ademais, nesse mesmo raciocínio, um processo com feição nitidamente não estrutural pode possuir espaços para uma compreensão estrutural em algumas de suas técnicas. O instituto da colaboração premiada no processo penal é um bom exemplo. Uma ação penal possui traços fortemente não estruturais, eis que visa uma análise puramente retrospectiva dos fatos de modo a identificar se estão caracterizadas a materialidade e a autoria de um delito caso em que (ressalvadas as hipóteses previstas no ordenamento) se deve aplicar o preceito previsto, a sanção penal.

O instituto da colaboração premiada, permite a inclusão de uma feição estrutural em um processo penal. Desde sua previsão legislativa, é possível identificar um caráter prospectivo, uma finalidade futura, um objetivo. Assim é que, na forma do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, se verifica a possibilidade de flexibilizar a aplicação de um preceito (perdão judicial, redução de pena ou substituição por pena restritiva de direito) se a colaboração premiada se constituir em meio para o alcance futuro de certos resultados.

Assim, a colaboração premiada pode se constituir em meio para a identificação de

⁵³⁰ Segundo Max Weber “Há três tipos *puros* de dominação legítima. A vigência de sua legitimidade pode ser, primordialmente: 1. de caráter racional (...), ou, 2. de caráter tradicional (...) ou, por fim, 3. de caráter carismático (...) O fato de nenhum dos três tipos ideais (...) costuma existir historicamente em forma realmente ‘pura’, não deve impedir em ocasião alguma a fixação do conceito na forma mais pura possível. (...). E a tipologia sociológica oferece ao trabalho histórico empírico somente a vantagem – que frequentemente não deve ser subestimada – de poder dizer, no caso particular de uma forma de dominação, *o que* há nele de ‘carismático’, de ‘carisma hereditário’ (§§10, 11), de ‘carisma institucional’, de ‘patriarca’ (§7), de burocrático (§4), de ‘estamental’ etc., ou seja, em quê ela se aproxima de um destes tipos, além de trabalhar com conceitos razoavelmente inequívocos. WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva*. V. 1. 3^a Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 141-142.

coautores ou partícipes, a revelação de estrutura e divisão de tarefas em uma organização criminosa, a prevenção de infrações penais, a recuperação do produto ou proveito de infrações ou a localização de vítima (art. 4º, inc. I ao V da Lei n. 12.850/2013).

Já além do limite na relação entre tipos processuais estruturais e não estruturais pode ocorrer que medidas tipicamente não estruturais, indiretamente, possam tutelar a busca por um estado de coisas. A tal situação podemos denominar efeito estrutural mínimo do processo não estrutural. É o exemplo da condenação genérica de alto valor que desestimula determinada empresa a promover novas violações, incentivando-a a, administrativamente, buscar um estado de coisas no qual novas violações não ocorram. Não se trata de um tipo de processo estrutural, se encontrando fora dos seus limites, todavia acaba por manter, ainda que de forma mínima, uma conexão de sentido com os processos estruturais.

Também na relação entre tutela estrutural e tutela não estrutural se verifica o interesse científico em uma aplicação do raciocínio tipológico aos processos estruturais.

4.2.3 Intratipos (ou série de tipos) do processo estrutural

É possível aumentar a compreensão tanto do que se afirmou sobre o raciocínio tipológico, quanto de sua aplicação aos processos estruturais, por meio do estudo do que a doutrina denomina intratipos⁵³¹ ou série de tipos⁵³².

A flexibilidade, a graduabilidade e a renunciabilidade das características de um tipo acaba por permitir uma ordenação do pensamento em escala gradativa, inclusive intratipo, do mais típico para o menos típico⁵³³. Conforme anota Karl Larenz⁵³⁴ “ao assinalar o seu lugar a

⁵³¹ Nas palavras de Misabel Derzi, “O pensamento tipológico é útil, então, à ordenação do pensamento em escala gradativa, tanto inter, como intra-tipos”. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 31, 1987. p. 213-260, p.231.

⁵³² Segundo afirma Karl Larenz “na formação de séries de tipos procede-se segundo o modelo de que ‘quanto mais fortemente’ estejam marcados certos elementos (ou quanto mais debilmente o estejam) ‘tanto mais próximo’ está um tipo de um polo da série”. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 669.

⁵³³ Nas palavras de Misabel Derzi, “no interior de um mesmo tipo, pode estabelecer gradações entre o mais e o menos típico. Isso só é possível quando se supõe a flexibilidade, a graduabilidade e a renunciabilidade das características de um tipo, normativamente posto.” .DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 31, 1987. p. 213-260, p.231.

⁵³⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 671-672.

um tipo na série de tipos, evidenciam-se os traços que lhe são característicos” permitindo, por exemplo, nas palavras do autor “aplicar a um contrato parciário de serviço ou de arrendamento certas regras do Direito das sociedades, atendendo aos traços societários que lhe são inerentes”.

Aplicando tal compreensão ao tipo processo estrutural, será possível compreender o quanto mais elástico esse pode ser em comparação com um raciocínio conceitual. Em cada um dos intratipos indicados, conforme o grau de tipicidade verificado, o uso da racionalidade referente a fins (item 3.1) pode influenciar na sua produção normativa (item 3.2) e nas formas de tutela dos direitos envolvidos (item 3.3) inclusive, por meio de técnicas e compreensões desenvolvidas em processos estruturais.

Sem qualquer pretensão de apresentar uma série de tipos que possa exaurir a multiplicidade de gradações e transições possíveis⁵³⁵, apresenta a seguir uma tipologia dos processos estruturais em intratipos que permitem identificar uma graduação do mais típico ao menos típico.

4.2.3.1 Processo estrutural coletivo com multipolaridade

Os mais típicos dos processos estruturais são os processos coletivos em que ocorrem o fenômeno da múltipla incidência (itens 3.3.3 e 3.3.4). Não por outra razão, todos os exemplos mencionados para fundamentar as características dos processos estruturais foram nesse intratipo enquadrados.

*Brown v. Board of Education of Topeka*⁵³⁶, *Holt v. Sarver*⁵³⁷, ACP do Carvão⁵³⁸, caso das Creches do Município de São Paulo⁵³⁹, o caso das cirurgias ortopédicas do Estado do Ceará⁵⁴⁰, processos de Recuperação Judicial etc., tratam-se todos de processos coletivos em que se verificam o fenômeno da múltipla incidência. Há uma forte tendência de que todas as características atribuíveis ao tipo processual estrutural estejam neles presentes. Trata-se do tipo

⁵³⁵ Até porque tal pretensão iria de encontro a essência de fluidez, elasticidade e graduabilidade de um raciocínio tipológico o qual busca aderência a uma infinidade de possibilidades, conforme a realidade possa lhe apresentar.

⁵³⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁵³⁷ *Holt v. Sarver* (300 F. Supp. 825 - ED. Ark. 1969)

⁵³⁸ Ação Civil Pública nº 93.8000533-4 da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Criciúma/SC.

⁵³⁹ Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002 da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁵⁴⁰ Ação Civil Pública Processo nº 0811930-91.2016.4.05.8100.JFCE.

ideal a que se refere Max Weber⁵⁴¹.

Em tal intratipo, verifica-se duas espécies de processos estruturais que não comportam, de modo prévio, qualquer graduação quanto seu grau de tipicidade: os processos estruturais coletivos institucionais e os processos estruturais coletivos não institucionais.

Os processos estruturais coletivos institucionais têm como exemplo mais clássico a segregação racial nas escolas públicas dos Estados Unidos⁵⁴². O estado de coisas gerador da violação é o modo de atuar de uma instituição, no caso, segregando crianças pela cor da pele. Trata-se de intratipo bastante relacionado com a concepção de Owen Fiss acerca das *structural injunctions*⁵⁴³. O processo estrutural, nesses casos, busca um estado de coisas na qual instituição atue de modo distinto, respeitando os direitos antes violados.

Os processos estruturais coletivos não institucionais, por outro lado, não exigem um novo estado de coisas em uma organização ou instituição, mas em uma situação de fato objetiva. Os exemplos mais clássicos vêm do direito ambiental, no Brasil, como exemplo tradicional cite-se a ACP do Carvão⁵⁴⁴. O processo estrutural, nesse exemplo, busca a recuperação do meio ambiente.

Vale reiterar, no intratipo em análise, tanto os processos estruturais coletivos institucionais como os não institucionais devem ser marcados por uma múltipla incidência, a qual irá implicar o fenômeno da multipolaridade.

No exemplo da redução da segregação racial nas escolas públicas estadunidenses, a transição entre os estados de coisas implicou multipolaridade. Se controvértiam direitos de crianças, de pais, de professores, do Estado, das empresas de transporte de passageiros etc. No caso da ACP do Carvão, a multipolaridade alcançava mineradoras, União, Estado de Santa Catarina, todos os cidadãos do mundo em um direito coletivo difuso, a população dos municípios sede da extração, indivíduos especialmente lesados com a extração.

Em síntese, é possível justificar a tipicidade em grau máximo como um processo que tutela um direito a um estado de coisas, o qual é o resultado do entrelaçamento, após ponderação e concordância prática, entre os diversos direitos que busca efetivar e cuja exigibilidade considera outros direitos, inicialmente não relacionados com o estado de coisas, mas que podem

⁵⁴¹ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. V. 1. 3^a Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 12

⁵⁴² *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁵⁴³ Acerca de tal concepção vide item 2.3.3.

⁵⁴⁴ Ação Civil Pública nº 93.8000533-4 da 1^a Vara Federal da Subseção Judiciária de Criciúma/SC.

afetar ou serem afetados pela pelos meios definidos para a transição entre os estados de coisas.

Trata-se de um processo, portanto, marcado pela multipolaridade. Há direito a um estado de coisas, há direitos diversos efetiváveis em decorrência do alcance do estado de coisas. Há direitos que podem afetar ou ser afetados pela transição entre estados de coisas.

4.2.3.2 Processo estrutural coletivo sem multipolaridade

Um pouco menos típicos em relação ao intratipo tratado no item anterior são os processos estruturais coletivos sem múltipla incidência. É o caso do que foi exposto (item 4.2.2.2.3) ao tratar das características não imprescindíveis ao processo estrutural.

Quando da análise do tema, discorreu-se sobre o que Edilson Vitorelli⁵⁴⁵ denomina litígios de difusão global, em que “a violação a um direito transindividual não atinge, de modo especial, qualquer pessoa⁵⁴⁶”, o bem jurídico não é protegido por interessar especificamente a alguém, mas por interessar genericamente a todos. Com exemplo, um vazamento de óleo em quantidade relativamente pequena em uma perfuração profunda no meio do oceano.

Caso a tutela escolhida para o caso seja específica, em não sendo possível seu alcance imediato e caso seu tempo, modo e grau exija uma definição processual, teremos lugar para um processo estrutural um pouco menos típico que o exemplo anterior.

Entre as características que foram indicadas para os processos estruturais, se encontra a busca pelo alcance de um estado ideal de coisas como meio para tutela específica de outros direitos. Em contrapartida, uma das características dos denominados litígios de difusão global é que deles não decorre nenhuma lesão a grupo específico. Não parece ser possível indicar, nesses casos, que o estado de coisas pretendido seja estrutura (plataforma) para efetivação de outros direitos. Em verdade, ele é igual ao direito que se atribui a uma coletividade⁵⁴⁷.

Em resumo, é possível justificar a alta tipicidade estrutural dado ser um processo que tutela um direito a um estado de coisas que é igual ao direito atribuído a um grupo de modo

⁵⁴⁵ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 76.

⁵⁴⁶ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 77.

⁵⁴⁷ Conforme anota Vitorelli, existe no caso um único polo em que se encontram todos os cidadãos do mundo, sendo o único excluído, o próprio causador da lesão, VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 79-80.

indeterminado no tocante a uma tutela específica. Não há que se falar em direitos distintos ou diversos seja na formação do direito ao estado de coisas, seja no estabelecimento de sua exigibilidade. Há, sim, um direito de uma coletividade a um estado de coisas.

Trata-se de um processo que falta, portanto, a multipolaridade. Há direito a um estado de coisas que aqui se confunde com um direito de um grupo, mas não há direitos diversos efetiváveis em decorrência do alcance do estado de coisas e tampouco há direitos que podem afetar ou serem afetados pela transição entre estados de coisas.

Ante a ausência de tais das características do tipo ideal de processo estrutural, é possível afirmar que os processos coletivos sem múltipla incidência são processos estruturais menos típicos, ainda que sejam típicos em um alto grau.

4.2.3.3 Processo estrutural individual com multipolaridade

Um outro intratipo é formado por um direito individual a um estado ideal de coisas. Não há múltiplos e distintos direitos efetiváveis em decorrência de um estado ideal de coisas e tampouco o direito ao estado de coisa é formado pelo direito de uma coletividade. Há, sim, um direito individual. Todavia, nesse intratipo, é possível falar em uma multipolaridade decorrente de outros direitos que são afetados pelos meios definidos para a transição entre estados de coisa.

Convém exemplificar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei n. 8.069/1990), no seu art. 98, prevê medidas de proteção à criança e ao adolescente “sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados”.

De modo geral, tais medidas possuem como objetivo principal um estado ideal de coisas que se constitui na reintegração familiar ou, não sendo esta possível, na colocação em família substituta.

Quando necessário, e para “transição”⁵⁴⁸ até esse estado de coisas, a lei determina a elaboração de “um plano individual de atendimento, visando à reintegração familiar” (art. 101, §4º da Lei 8.069/1990) que deve ser elaborado por uma equipe técnica levando em consideração

⁵⁴⁸ Art. 101 (...) § 1º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

a opinião da criança ou adolescente e seus pais ou responsáveis.

De tal plano, devem constar resultados da avaliação interdisciplinar, compromissos assumidos pelos pais ou responsáveis, atividades a serem desenvolvidas com vista à reintegração familiar ou as providências para colocação em família substituta, “sob direta supervisão da autoridade judiciária” (art. 101, §6º da Lei 8.069/1990).

A lei prevê ainda a possibilidade de substituição das medidas a qualquer tempo (art. 99 da Lei 8.069/1990), a titularidade dos direitos previstos no estatuto à criança e ao adolescente (art. 100, par. único, I da Lei 8.069/1990), sem prejuízo da consideração “a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto” (art. 100, par. único, IV da Lei 8.069/1990).

Tais dispositivos contemplam em larga medida tudo que aqui se defendeu enquanto característica dos processos estruturais: estado de coisas violando ou ameaçando direitos, busca de estado ideal de coisas futuro não alcançável imediatamente, e cujo modo e grau é processualmente estabelecido considerando o direito tutelado e os direitos afetados, necessidade de retenção de jurisdição mediante supervisão etc.

Trata-se de um processo estrutural individual marcado por uma múltipla incidência. Em relação aos anteriores, é menos típico por buscar um direito a um estado ideal de coisas cujo conteúdo não é formado por um entrelaçamento de direitos ou pelo direito de uma coletividade. No presente caso, o direito a um estado ideal de coisas é um único direito e pertencente a um único indivíduo, a criança ou o adolescente (art. 100, par. único, I da Lei 8.069/1990).

Por outro lado, verifica-se a presença de uma multipolaridade dada a possibilidade de consideração na sua exigibilidade de outros direitos que podem afetar ou serem afetados com a transição até o estado ideal de coisas (art. 100, par. único, IV da Lei 8.069/1990).

4.2.3.4 Processo estrutural individual sem multipolaridade

O menos típico da série em análise são os processos estruturais individuais sem multipolaridade. Também aqui o direito ao estado de coisas é um único direito e pertencente a um único indivíduo. Ocorre que, de modo distinto do intratipo anterior, não se verifica neste o fenômeno da múltipla incidência, não havendo razões para se falar em multipolaridade ou

mesmo no que diz respeito à exigibilidade do direito ao estado de coisas.

Trata-se do intratipo que fica próximo ao limite da transição para os processos não estruturais. Um exemplo permitirá compreender o que se sustenta. Novamente é possível buscar o exemplo no ECA (Lei 8.069/1990). As medidas socioeducativas permitem demonstrar o caráter híbrido que justifica o menor grau de tipicidade do intratipo em análise.

Na forma do art. 112 do ECA, as medidas socioeducativas são aplicadas após verificada a ocorrência da prática de ato infracional. É a típica instrução retrospectiva dos processos não estruturais indicada no item 3.1.1. Por outro lado, e justificando o caráter estrutural, ainda que em menor grau, verifica-se que as medidas não têm por conteúdo representar um efeito do ato infracional, mas sim permitir a socialização, a inserção comunitária e a educação do menor.

Uma leitura sistemática dos dispositivos relacionados pode auxiliar na compreensão.

As medidas mais graves de semi-liberdade (art. 120) e internação (art. 121) não comportam prazo, “devendo sua manutenção ser reavaliada” (§2º do art. 121), cuja única interpretação possível é que esta deve cessar quando não mais adequada, necessária e proporcional ao seu fim. Não se constituem, portanto, puro efeito do ato infracional praticado, mas meio para o alcance de um estado de coisas em que o menor não esteja mais propenso a praticá-los.

O *caput* do art. 118, ao afirmar que “A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente”, parece permitir uma interpretação que, caso esta medida não seja adotada, é porque outra é mais adequada para o fim de “acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente”.

Verifica-se ainda uma grande preocupação da lei com as necessidades pedagógicas (art. 113 c/c art. 100, art. 123, par. único, art. 119, II e III, art. 120, §1) do menor.

Não menos importante, é a aplicação ao Capítulo que trata das medidas socioeducativas do quanto disposto no art. 100 da Lei (art. 113) cujo par. único, inciso II, prevê que “a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares”,

sobretudo, considerando o art. 227 da CFRB-1988⁵⁴⁹.

Conforme se verifica dos dispositivos relacionados, uma interpretação sistemática das medidas socioeducativas do ECA permite inseri-la como meio para o alcance de um estado de coisas em que o adolescente que praticou um ato infracional não esteja mais propenso a praticá-lo.

Em síntese, é possível justificar a baixa tipicidade estrutural dado ser um processo que tutela um direito a um estado de coisas igual ao direito individual que o busca, não havendo de se falar em direitos distintos ou mesmo coletivos seja na formação do direito ao estado de coisas, seja no estabelecimento de sua exigibilidade. Não há multipolaridade. Há sim, um direito individual cuja aplicação começa se aproximar da linha de transição para o tipo limítrofe, o processo não estrutural.

⁵⁴⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

5 CONCLUSÃO

Um alto grau de compreensão sobre processos estruturais foi possível partindo das doutrinas do *public law litigation*, da *structural reform* e da policentria.. Verificou-se, todavia, que nenhuma das doutrinas citadas alcançou precisão suficiente para englobar, ora todos os processos estruturais, ora apenas os processos estruturais, o que justificou a necessidade de aperfeiçoamentos.

Com base em doutrinas contemporâneas, foi possível observar distinções, ora no que diz respeito ao modo como os fatos são analisados no processo estrutural, ora no conteúdo das normas por ele produzidas. Uma e outra permitiu implicar mudanças no conteúdo dos diretos no processo estrutural.

No plano dos fatos em um processo estrutural, foi possível observar que o modo como esses se apresentam exige uma mudança na relação dos fatos jurídicos com seus efeitos. Um estado de coisa impede a ocorrência de uma relação direta no formato causa-efeito, exigindo a inclusão de uma relação intermediária de formato meio-fim, que agora se apresente como ponte entre a causa e o efeito. A mudança de uma racionalidade causal para teleológica se revelou apta a impactar todo o desenvolvimento do processo estrutural, a começar pelos elementos objetivos da demanda.

A compreensão de que os processos estruturais são movidos por uma racionalidade teleológica (entre meios e fins) permitiu justificar as características indicadas em doutrina para os processos estruturais, comprovando-se um caminho seguro para o desenvolvimento do trabalho.

Com amparo na sociologia e na filosofia, o estudo da racionalidade entre meios e fins indicou que esta exige a análise dos meios empregados considerando diversos aspectos de seu potencial para o alcance do fim. Exige ainda uma combinação de tal análise com a consideração de que a obtenção do fim é um valor positivo e o uso dos meios, um valor negativo (um preço a pagar) para o alcance do fim. Ademais, uma forma especial de racionalidade referente a fins exige uma deliberação sobre os fins pretendidos, não como um fim em si mesmo, mas como uma plataforma que possibilita o alcance de fins adicionais.

A relação entre meio e fim tornou-se específica na relação entre ação e estado de coisas. E a relação do fim enquanto plataforma para fins adicionais foi concretizada na relação

do estado de coisas enquanto estrutura para efetivação de efeitos.

Verificou-se existir um estado de coisas que ameaça ou viola direitos, mas cujos efeitos decorrentes desta ameaça ou violação não podem ser efetivados, salvo após o alcance de um estado de coisas futuro. Um estado de coisas futuro é prescrito então como objetivo, a fim de que funcione como estrutura ao alcance dos efeitos do estado de coisas inicial

A transição entre estados de coisas é o objeto dos processos estruturais, a qual é provocada pelas ações determinadas processualmente, em uma relação direta e intrínseca. Por outro lado, o resultado da ação (estado de coisas final) pode implicar efeitos, estes agora indireta e extrinsecamente relacionados à ação e não passíveis de controle por esta, eis que dependentes também de circunstâncias externas do mundo. Deste modo, um alcance do estado de coisas futuro decorre de ações, podendo um e outras serem redefinidos ante quebras de estabilidades que revele mudanças necessárias ao alcance dos efeitos inicialmente previstos.

No plano das normas em um processo estrutural, foi possível identificar que, ao buscar de modo imediato um estado de coisas, este é movido inicialmente pela produção de normas-princípio que permitam fixá-lo. Em um segundo momento, para o alcance do estado de coisa fixado, o processo produz normas-regra visando estabelecer condutas proporcionais ao alcance daquele.

Constatou-se que a produção normativa do processo estrutural implica uma instrução que se volta para a avaliação da correlação entre o estado de coisas (objeto mediato do processo) e os efeitos das condutas necessárias ao seu alcance (a ser impulsionado pelo objeto imediato do processo).

Ante a produção de normas-princípio e seu conteúdo normativo primariamente complementar e preliminarmente parcial, concluiu-se que processo estrutural permite a busca de uma harmonização com outros estados de coisas.

Verificou-se que o objeto da discussão em um processo estrutural se concentra, num primeiro momento, na delimitação de aspectos relacionados à definição do efeitos pretendidos com o alcance do estado de coisas e com a própria definição do estado de coisas a ser atingido e, em, um segundo momento, na definição e efetivação das condutas necessárias à realização do alcance do estado de coisas;

Constatou-se ser a atividade instrutória necessária não apenas em uma análise pretérita, em que se procede com o diagnóstico do estado de coisas existente, sendo útil, especialmente,

em uma análise presente, para a definição de meios proporcionais ao alcance de um estado de coisas ideal e em uma análise futura, para a certificação do efetivo alcance deste.

A instrução em um processo estrutural revelou ainda exigir o uso dos postulados da ponderação, concordância prática e da proporcionalidade na definição do estado de coisas a ser alcançado, bem como o uso do postulado da proporcionalidade na definição dos meios a serem empregados para o alcance do estado de coisas.

No plano dos direitos em um processo estrutural, verificou-se tratar de direitos que se tutelam no mundo dos fatos, de modo específico e cuja tutela exige o tempo necessário ao alcance de um novo estado de coisas.

Foi possível constatar que a tutela estrutural é um meio para o alcance de tutelas específicas, quando estas não podem ser tuteladas imediatamente, e cujo tempo, modo e grau de alcance exigem uma definição mediante um processo.

Verificou-se necessário distinguir duas espécies de direito: o direito ao estado de coisas e os direitos cuja efetivação decorrem do alcance do estado de coisas. Nesse sentido, se identificou o direito ao estado ideal de coisas como resultado do entrelaçamento, após ponderação e concordância prática, entre os diversos direitos que busca efetivar.

Observou-se que a pretensão de cada titular ao cumprimento dos efeitos decorrentes do estado de coisas (a exigibilidade de cada direito que o compõe) varia em tempo, modo e o grau, conforme a ponderação e a concordância prática indicadas para a fixação de seu conteúdo, a qual, se for o caso, deve incluir ainda os direitos que possam afetar ou serem afetados pelos meios definidos para o alcance do estado ideal de coisas.

A tutela dos direitos em um processo estrutural exige técnicas que considerem uma limitação da cognição para se deter apenas ao que possa ser útil à definição do estado de coisas pretendido e aos meios proporcionais ao seu alcance. Exige ainda técnicas delimitadoras de uma exigibilidade de direitos que considere a totalidade dos direitos relacionados ao estado de coisas.

Para uma adequada tutela dos direitos em um processo estrutural, o provimento judicial deve precisar inicialmente os efeitos esperados com a realização do estado de coisas, bem como qual é o sentido atribuído ao estado de coisas, a que objeto se refere, quem lhe serve de parâmetro, qual o momento é considerado e em que medida ele deve ser atingido. Já quanto aos meios, deve-se indicar quais condutas serão adotadas à promoção do fim e quem deverá

adotá-las.

No que diz respeito às técnicas executivas, estas devem considerar as especificidades do estado de coisas que se busca, exigindo, em regra, um alto grau de cognição na definição dos meios a serem adotados, assim como, uma retenção de jurisdição até o efetivo alcance do estado de coisas pretendido, de modo a permitir um constante diagnóstico que possibilite reavaliações periódicas e a redefinição dos meios, se necessário, para o alcance do estado ideal de coisas e indiretamente para os efeitos deste decorrentes.

Com base nas características dos processos estruturais relacionadas aos fatos, às normas e aos direitos, foi possível prosseguir no estabelecimento de padrões para identificação do processo estrutural. Em um primeiro momento com base em um raciocínio conceitual, tal qual se apresenta usual na doutrina. Em um segundo momento com base em um raciocínio tipológico.

Para apresentação de uma proposta conceitual, enquadrou-se o conceito de processo estrutural em seu gênero próximo, apresentando em seguida as suas diferenças específicas.

Partindo do conceito de processo enquanto modo de produção de norma jurídica e método de exercício de poder, foi indicado como diferença específica que o processo estrutural produz dois tipos de normas. Inicialmente, são produzidas normas-princípio, fixando um o estado de coisas pretendido e, posteriormente, são produzidas normas-regra definindo as condutas para o alcance daquele estado.

Acerca do conceito de processo enquanto ato jurídico complexo (procedimento) verificou-se, como diferença específica, que o processo estrutural é um procedimento para uma transição não imediata entre estados e cujo tempo, modo e grau de alcance do novo estado de coisas deve ser definido processualmente. Ademais, a transição operada entre estados de coisas se apresenta como um meio para a tutela de direitos, cuja ocorrência se apresenta como ato final e fim do processo.

Do processo enquanto relação jurídica não se verificou diferenças específicas no tocante ao objeto da relação. Verificou-se, todavia, uma tendência de especificidade no que diz respeito aos sujeitos, segundo o qual o processo estrutural tende a uma multipolaridade qualificada pela relação entre os titulares dos direitos tutelados como o alcance do estado de coisas futuro e/ou dos direitos afetados com os meios proporcionais definidos para o seu alcance.

Para a justificação da necessidade de uma proposta de identificação do processo estrutural com base em um raciocínio tipológico apresentou-se, inicialmente, um fundamento geral de base teórica. O processo estrutural teve sua primeira linha de fundamentação teórica em sua classificação como um caso especial de ação racional referente a fins, a qual, possui uma construção sociológica baseada também em raciocínio tipológico, o que justifica semelhante tratamento.

Como segunda ordem de fundamentação para a aplicação de um raciocínio tipológico aos processos estruturais, foram identificadas justificativas teóricas e práticas sobre a possibilidade de se falar em graus de estruturalidade, algumas características de processos estruturais não imprescindíveis e a possibilidade de convivência entre tutela estrutural e não estrutural no mesmo processo.

Por fim, entendendo potencializar a compreensão do que venha a ser uma aplicação do raciocínio tipológico aos processos estruturais, se indicou, em rol não exaustivo, intratipos do tipo processo estrutural conforme a natureza de processos coletivo ou individual e segundo a presença ou não do fenômeno da multipolaridade.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Reglas y principios en el razonamiento jurídico. Conferênciа en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña el día 24 de marzo de 2000. Traducción de Pedro Serna. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Coruña: UDC, 2000, n. 4, p. 593-602.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos, Ivone Castilho Benedetti – 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

APPEL, Peter A. Intervention in Public Law Litigation: The Environmental Paradigm. *Washington University Law Review*. v. 78, 2000 p. 215-311.

ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica*. v. 385, p. 45-60, 2009.

_____. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 35-36.

_____. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Acesso à Justiça: relatório brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, v. 6, p. 15-36, 2017.

_____. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448

_____. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 475-492.

_____. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. *Revista dos Tribunais*. Vol. 1000, ano 108, p. 451-464.

ARISTÓTELES. *Tópicos*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda. 2007.

- ÁVILA, Humberto. Ciência do Direito Tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética, 2014, n. 32, p. 159-197.
- _____. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- _____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. A nova intepretação constitucional dos princípios. In: LEITE, George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101-135
- BATISTA, Felipe Vieira. *A Recuperação Judicial como Processo Coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.
- BAUERMANN, Desirê. *Structural injunctions* no direito norte-americano. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 279-300
- BEDAQUE, José Roberto Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (Derecho y Política) (Spanish Edition) . Siglo XXI Editores Argentina. 2014.
- BERIZONCE, Roberto Omar. Los Conflitos de Interés Público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 261-286
- BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiane. Barueri, SP: Manole, 2007.
- BOMFIM, Daniela. A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico. In: DIDIER, Fredie Jr. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 34, 1994. p. 275-291.
- BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2008.
- _____. Competência adequada. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, vol. 225, p. 13-41.
- BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Miguel Angel Rosas Lichtschein (trad.). Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América, 1964.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

_____. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, Vol. 404, ano 105, p. 4-42.

_____. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

_____. ZANETI JR. Hermes. Entidades de Infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: *as claims resolutions facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*. Vol. 287. Ano 44. p. 445-483. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, janeiro 2019, p. 453.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist's Contribution. *Buffalo law Review*, vol. 25, 1976, p. 645-690.

CARRIO, Genaro. *Notas sobre el derecho y lenguaje*. 3.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Paulo de Barros. Breves considerações sobre a função descriptiva da Ciência do Direito Tributário. *Consultor Jurídico*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-01/paulo-barros-breves-consideracoes-funcao-descriptiva-ciencia-direito-tributario>. Acesso em 07 de janeiro de 2019.

_____. *Curso de Direito Tributário*. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 242.

CASTELO, Fernando Alcântara. Direito à Saúde e Decisões Estruturais: Por uma judicialização mais racional e eficiente. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2017, ano 42, v. 274, p. 317-342.

CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interes público. Trad. VERBIC, Francisco. MINATTA, Olivia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 268, jun. 2017. p. 143-188.

_____. The Role of the Judge In Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, maio de 1976. p. 1281-1316

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “Execução Negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, ano 37, v. 212, p. 25-56.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma análise do Litígio sobre Creche e pré-escola no Município de São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 449-473.

COSTA, Valterlei Aparecido da. VALLE, Maurício Dalri Timm do. A utilidade como critério de classificação do direito e no direito. *Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo, vol. 14, n. 3, p. 186-213, Setembro-Dezembro, 2018.

COTA, Samuel Paiva. *Do Pedido e da Participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, 2019.

DANTAS, Eduardo Souza. *Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Curitiba: Juruá, 2019.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 31, 1987. p. 213-260.

DIDIER JR. Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especias*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

_____. *Processo coletivo*. Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal da Bahia. Aula ministrada em no dia 22 de outubro de 2018, na disciplina Direito Processual em Transformação. Salvador, 2018.

_____. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 8ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

_____. Sentença constitutiva e execução forçada. *Revista de Processo*, ano 33, v. 159, p. 65-76, 2008.

_____. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. ZANETI JR. Hermes. Comentários ao art. 333 do Código de Processo Civil de 2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3º Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

_____. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 354-368.

_____. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3^a ed. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010.
- EISENBERG, Theodore. YEAZELL, Stephen C.. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation. *Harvard Law Review*. Vol. 93, n. 3, january de 1980. p. 465-517.
- FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. *Meios atípicos de execução e o cumprimento de sentenças estruturais: entre a legitimidade constitucional e a efetividade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, 2019.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERRARO, Marcela Pereira. Litígios Estruturais: Algumas Implicações da Publicidade e do Processo. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- _____. Litígios Estruturais: Entre técnica processual e tutela dos direitos. In: ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. (coord). DOTTI, Rogéria.(org). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 665-682.
- _____. *Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*. v. 93, n.1, 1979. p.1-58.
- _____. To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 583-607.
- _____. Two models of adjudication. In: DIDIER JR. Fredie. JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 762-764.
- FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697.
- FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2, 1978, p. 353-409, p. 354.
- GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, nº 108, p. 61-70.

_____. Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, nº 111, p. 192-208.

GISMONDI, Rodrigo. *Processo Civil de Interesse Público & Medidas Estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018.

GRAVITO, César Rodrigues. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014, e-book.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Apresentação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direito Fundamentais*. 3^a ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JOBIM, Marco Félix. A previsão das medidas estruturantes no art. 139, IV, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: ZANETI Jr., Hermes (Coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

_____. *Brown v. Board of education: a origem das medidas estruturantes*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 26, p. 441-465, maio/ago. 2013.

_____. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 450-466.

KAUFMANN, Arthur. *Analogía y “naturaleza de la cosa”: hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Enrique Barros Bourie (trad.) Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

LAPORTA, Francisco. Legal Principles. *Actions, norms, values: discussions with Georg Henrik von Wright*. ed. by Georg Meggle, Assisted by Andreas Wojeik, Berlim; New York. de Gruyter, 1998.p. 279-284.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3^a ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do Processo Estrutural. In: JAYME, Fernando Gonzaga. MAIA, Renata C. Vieira. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato.

FIGUEIREDO, Helena Lanna (Coord). *Inovações e Modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARÇAL, Felipe Barreto. *Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

_____. Repensando os mecanismos de ampliação do contraditório. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. (Coord.) *Tecnologia Jurídica e Direito Digital*. II Congresso Internacional de Direito e Tecnologia. p. 451-467.

MARINONI, Luiz Guilherme. A técnica da cognição e a construção de procedimentos adequados à tutela dos direitos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, v. 32. p. 51-56.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Tutela específica: art. 461, CPC e 84, CDC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Um aprofundamento da questão da tutela dos direitos: tutelas inibitória, reintegratória, do adimplemento e resarcitória. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 10, out/dez.1998, p.720-725.

MÁYNEZ, Eduardo Garcia. *Lógica del concepto jurídico*. Fondo de Cultura Económica. México - Buenos Aires, 1959.

MEDEIROS JR., Leonardo. *Processo Estrutural Consequencialista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

MEIRELES, Edilton. Cooperação Judiciária Nacional. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, ano 40, vol. 249, p. 59-80.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia: 1º parte*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência: 21ª ed*. São Paulo: Saraiva, 2017.

- _____. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*: 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. s/ tradutor identificado. Mexico: Editora Nacional, 1980, p. 280.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A “causa petendi” nas ações reivindicatórias. *Revista de Direito Processual Civil*. Ano III, vol. 06. São Paulo: Saraiva, 1962.
- MINAMI, Marcos Youji. Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do Código de Processo Civil brasileiro de 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. t.1. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1983.
- _____. *Tratado das ações*. t.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- _____. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NAZNIN, S M Atia. ALAM Shawkat. Judicial Remedies for Forced Slum Evictions in Bangladesh: An Analysis of the Structural Injunction. *Asian Journal of Law and Society*, 2018, p. 1-31.
- NUNES, Leonardo Silva. COTA, Samuel Paiva. FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos Litígios aos Processos Estruturais: Pressupostos e Fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. (Orgs.). *Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- ORFIELD, Gary. *Public School Desegregation in the United States 1968-1980*. Joint Center for Political Studies, Washington, D.C, 1983.
- OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, Nem “Nada” - Decisões Estruturais e efeitos jurisdicionais complexos, In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202.
- PAOLINELLI, Marina Sanders. COSTA, Rafaela Guimarães. *Locação Social, por que não?* Escola de Arquitetura da Universidade Federal de Minas Gerais, 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Lexington: Springer, 2008.

PICOLI, Bruno de Lima. *Processo Estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. CÔRTES, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual* v. XIII, jan.-jun./2014, p. 229-258.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4^a ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2002.

PINTO, Henrique Alves. *O enquadramento das decisões estruturais no Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N.^o 2. Noviembre de 2014, p. 41-82, p. 49-53.

_____. *Litigio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires, 2013.

RENDLEMAN, Doug R. *Brown II "All Deliberate Speed" at Fifty: A Golden Anniversary or A Mid-Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy?* *San Diego Law Review*. V.41, 2004, p. 1575-1616.

_____. Prospective Remedies in Constitutional Adjudication. *West Virginia Law Review*. V. 78. N. 2, 1976. p. 155-170.

_____. The Inadequate Remedy at Law Prerequisite for an Injunction. *University of Florida Law Review* n. 33, 1981, p. 346-358.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. VARELLA, Luiz Henrique Borges. As *Structural Injunctions* e o Direito Processual Brasileiro: Apontamentos acerca do alcance coletivo, da participação e da executividade das medidas estruturantes no âmbito da Litigância de Interesse Público. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 513-539.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1.016-1.101, fev. 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de Interesse Público. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-77.

SARAIWA, Carolina Barros. *Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal*. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

SILVA, Virgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. n. 798, 2002, p. 23-50.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Tratado da Consequência: curso de lógica formal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TUSHNET, Mark. A response to David Landau. *Harvard International Law Journal Online*. V. 53, 2012, p. 155-164 e LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. V. 53, 2012, p. 189-247.

UNGER, Roberto Mangabeira. Legal Analysis as Institutional Imagination. *The Modern Law Review*. Volume 59 January n. 1, 1996, p. 1-23.

VERBIC, Francisco. El remédio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 475-492.

_____. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina: Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 63-84.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade no Direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas*. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303-352.

_____. *Protagonismo Judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: Juspodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. “Litígios estruturais como litígios irradiados: decisão e implementação”. Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal da Bahia. Aula ministrada em 09 de janeiro de 2018, na disciplina Direito Processual em Transformação. Salvador, 2018.

_____. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2018, ano 43, v. 284, p. 333-369.

_____. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Vol. 7, ano 4. p. 147-177. São Paulo: Ed. RT, jan-jun. 2018.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva*. V. 1. 3^a Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000.

_____. *The Theory of Social and Economic Organization*. Copyright 1947 by Professor Talcott Parsons, New York: The Free Press, 1964.

WRIGHT, Georg Henrik von. *Explanation and Understanding*. Cornell University Press. Ithaca, New York, 1971.

_____. *Norm and action: a logical enquiry*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.

_____. Rationality: Means and Ends. *Rivista/Journal Epistemologia IX*, Genova, Casa Editrice Tilgher-Genova sas, 1986.p. 57-72

_____. Ought to Be Ought to Do. *Actions, norms, values: discussions with Georg Henrik von Wright*. ed. by Georg Meggle, Assisted by Andreas Wojeik, Berlim; New York. de Gruyter, 1998.p. 03-09.

ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 28, n. 109, p. 45-56, jan./mar. 2003.