



Notas sobre as decisões estruturantes

(Notes about structural injunctions)

Fredie Didier Jr.

Professor at the Federal University of Bahia, Brazil. Doctor, Post-Doc (University of Lisbon) and Habilitation Professorship (University of São Paulo)

Hermes Zaneti Jr.

Professor of Civil Procedural Law at the Federal University of Espírito Santo, Brazil.
Doctor (Università di Roma Tre, Italy), Post-Doc (University of Turin, Italy)

Rafael Alexandria de Oliveira

Master's Degree in Public Law (Federal University of Bahia, Brazil). Lawyer.

Resumo: O presente artigo trata das decisões estruturantes. Define seu conceito e apresenta modalidades de sua aplicação no direito brasileiro.

Palavras-chave: processo coletivo; decisões estruturantes; direito brasileiro; direitos fundamentais; litígios complexos.

Abstract: The paper aims about structural injunctions. Deals with the definition of the concept and presents modalities of application in the Brazilian Law.



Keywords: class actions; structural injunctions; Brazilian Law; fundamental rights; complex litigation.

Sumário: 1. Introdução: reformas estruturais nos Estados Unidos da América a partir do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*; 2. O que é a decisão estrutural?; 3. Complexidade do conteúdo: normas abertas, para promoção de um determinado estado de coisas, e normas-regra, para efetivação dos resultados almejados; 4. Decisões estruturantes em face de pessoas naturais e jurídicas privadas; 5. As decisões estruturais do Supremo Tribunal Federal; 6. Revisão dos conceitos tradicionais imposta pelas decisões estruturantes; 7. Base normativa para a execução das decisões estruturais; 8. Ativismo, disfunção política e vínculos de direitos fundamentais: a margem do “*não-decidível que não*”; 9. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução: reformas estruturais nos Estados Unidos da América a partir do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*.

Há um certo tipo de decisão que merece exame específico: a decisão estrutural ou decisão estruturante.

É difícil estabelecer um conceito analítico de decisão estrutural. Essa é uma concepção surgida nos Estados Unidos, a partir da postura mais ativa dos juízes que marcou a atuação do Poder Judiciário norte-americano entre 1950 e 1970¹. Trata-se de concepção com viés muito pragmático; não há grandes preocupações com a definição analítica ou a categorização sistemática desse tipo de decisão².

¹ JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 93. Os estudos desta matéria foram realizados originalmente por Owen Fiss e Judith Resnik, professor de Yale: FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives. An Introduction to Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

² Segundo Eduardo José da Fonseca Costa, “a processualística brasileira é dotada de uma invejável capacidade analítica para elaborar conceituações, definições, distinções, classificações e sistematizações. Entretanto, ela jamais se dignou a desenvolver estudos convincentes de hermenêutica jurídica. Ademais, ainda engatinha na arte



Ao que tudo indica, um litígio estruturante inicial ocorreu em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. A Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*³.

Isso foi apenas o início. Segundo Owen Fiss, “O Sistema de escolas públicas foi o sujeito do caso Brown, mas em tempo a reforma estrutural foi alargada para incluir a polícia, prisões, hospitais de saúde mental, instituições para pessoas com retardo mental, abrigos públicos e agências de serviço social. Reformas estruturais alcançaram tão longe quanto o moderno Estado Burocrático⁴. Ou seja: o modelo de decisão proferida no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* expandiu-se e foi adotado em outros casos, de modo que o Poder Judiciário dos Estados Unidos, por meio de suas decisões, passou a impor amplas reformas estruturais em determinadas instituições burocráticas, com o objetivo de ver atendidas determinadas diretrizes constitucionais.

2. O que é a decisão estrutural?

A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver

pragmática de desvencilhar-se sem culpa de argumentos de coerência analítica para pautar-se naqueles que promovam maior praticidade de resultados” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro/2012, p. 46).

³ FISS, Owen. “Two models of adjudication”. In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 761.

⁴ Tradução livre, no original: “The public school system was the subject of the Brown suit, but in time structural reform was broadened to include the police, prisons, mental hospitals, institutions for the mentally retarded, public housing authorities, and social welfare agencies. Structural reform reached as far as the modern bureaucratic state”, FISS, Owen. “Two models of adjudication”, cit., p. 761.



litígios complexos⁵. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural⁶. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas⁷.

3. Complexidade do conteúdo: normas abertas, para promoção de um determinado estado de coisas, e normas-regra, para efetivação dos resultados almejados

A decisão estrutural possui conteúdo complexo.

Normalmente, prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; não raro o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-princípio, com o objetivo de promover um determinado estado de coisas. Mas não só isso: é uma decisão que estrutura o modo como se

⁵ Litígio complexo, neste contexto, não é aquele que envolve discussão sobre tese jurídica complexa ou sobre muitas questões de fato, mas sim aquele que põe em rota de colisão múltiplos interesses sociais, todos eles dignos de tutela. Um bom ponto de partida para a compreensão sobre a litigiosidade complexa pode ser encontrado no pensamento de Edilson Vitorelli, ao cuidar dos por ele denominados *litígios de difusão irradiada*: “Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram, se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas da que existia originalmente.” (LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. “Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 97-98)

⁶ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 521.

⁷ FISS, Owen. *Two models of adjudication*, cit., p. 761.



deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deôntica de uma norma-regra.

As normas-regra são essências para o resultado prático a ser alcançado. Para Edilson Vitorelli, “à medida que os processos de reforma estrutural avançaram, percebeu-se que a emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não era suficiente para alcançar os resultados desejados. Ou o juiz se envolvia no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento, ou teria que se conformar com a ineficácia de sua decisão”⁸. As normas-princípios são essências para estabelecer às finalidades e objetivos e para controlar a adequação dos resultados alcançados às finalidades e objetivos. Umas apoiam as outras, as normas-regra realizam o que as normas-princípio planejam.

A principal característica dos litígios complexos para efetivação de reformas estruturantes é a acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos envolvidos no processo, sejam eles particulares ou públicos⁹.

Segundo Marco Félix Jobim, “quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis que possam modificar esse ambiente ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar, é o Poder Judiciário que deverá intervir, em ambos os casos, por meio de processos individuais ou coletivos. A esse fenômeno dá-se o nome de ativismo judicial, em contraposição à autocontenção judicial, o que, em alguns casos, pode trazer benefícios e em outros prejuízos, sendo que o que ora se defende é que num ativismo judicial equilibrado a tendência do acerto é maior que a do erro”¹⁰. Para o autor, “o ativismo judicial [*rectius*]:

⁸ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo*, cit., p. 533.

⁹ Segundo Owen Fiss, a *structural reform* permite ao Poder Judiciário sair do isolamento em que se encontra quando é chamado a resolver litígios individuais ou privados (a chamada *dispute resolution*), alçando-o ao posto de participante do governo e parte integrante do sistema político (FISS, Owen. *Two models of adjudication*, cit., p. 764).

¹⁰ O tema do ativismo judicial já foi tratado por alguns dos autores deste texto em outros escritos. É de se observar que não se trata de ativismo judicial propriamente dito, mas as decisões estruturantes revelam a aplicação do quadro normativo vigente através de medidas concretas, logo, não é o juiz que é ativo, ativas nas políticas públicas no Brasil são as leis e a Constituição. Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017 v. 4; JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes*, cit., p. 104.



ativismo da lei e da Constituição] utilizado de uma forma correta pode trazer benefícios extremos ao cumprimento das decisões emanadas das Cortes superiores”¹¹.

Outra característica marcante das decisões estruturais é que, muitas vezes, à decisão principal seguem-se inúmeras outras que têm por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal – é o que Sérgio Cruz Arenhart chama de *provimentos em cascata*¹². As decisões se sucedem e somente podem ser tomadas após o cumprimento das fases anteriores. A decisão atual, muitas vezes, depende do resultado e das informações decorrentes do cumprimento da decisão anterior.

“Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principiológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática devida”¹³.

Como exemplos, podemos citar a decisão que, visando à concretização do direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais, estabelece um plano de adequação e acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos de uma determinada localidade. A decisão que, visando assegurar o direito à saúde e considerando o crescimento do número de casos de microcefalia numa determinada região e da sua possível relação com o *zika* vírus, estabelece impositivamente um plano de combate ao mosquito *aedes aegypti*, prescrevendo uma série de condutas para autoridades municipais. Ou ainda a decisão que, buscando salvaguardar direitos de minorias, impõe a inclusão, na estrutura

¹¹ JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes*, cit., p. 96.

¹² ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 400.

¹³ ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”, cit., p. 400.



curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dos povos africanos ou dos povos indígenas.

Mas os exemplos não se restringem aos casos em que o ente público é parte.

4. Decisões estruturantes em face de pessoas naturais e jurídicas privadas

A decisão que decreta a falência, por exemplo, tem forte carga estrutural (art. 99, Lei 11.101/2005¹⁴), especialmente quanto à possibilidade de o juiz sentenciante determinar “as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas” (inciso VII), ou à possibilidade de nomear um administrador judicial (inciso IX) ou de determinar, “quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência” (inciso XII).

¹⁴ “Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: I – conterà a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores; II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados; III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência; IV – explicitará o prazo para as habilitações de crédito, observado o disposto no § 1º do art. 7º desta Lei; V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei; VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do *caput* deste artigo; VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei; VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão “Falido”, a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei; IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do *caput* do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea *a* do inciso II do *caput* do art. 35 desta Lei; X – determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido; XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei; XII – determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência; XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência”.



Outro exemplo no âmbito privado nos é dado por Sérgio Cruz Arenhart, ao tratar da Lei 12.529/2011, que estrutura o sistema de defesa da concorrência, permitindo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), dentre outras coisas, efetivar suas decisões mediante intervenção na empresa (art. 96), inclusive formulando pedido de autorização judicial para intervenção e administração total da empresa (art. 107, § 2º)¹⁵.

“Um caso emblemático e um bom exemplo a ser seguido foi o ‘Beatriz Mendonça’, que correu perante a Suprema Corte da Argentina, em que compareceram como demandantes grupos de indivíduos afetados, diversas associações ambientalistas e o defensor do povo. Demandados foram o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e um grupo de 44 empresas que supostamente vertiam substâncias poluentes no rio. A Corte utilizou livremente seus poderes ordenatórios, flexibilizou o princípio preclusivo, pediu aos Estados a apresentação peremptória de um planejamento integrado e completo baseado no princípio da progressividade, para a obtenção de objetivos de forma gradual segundo um cronograma. Em julho de 2008 a sentença julgou definitivamente a questão, destacando que os efeitos da decisão se projetam para o futuro e fixando os critérios gerais para seu cumprimento, mas respeitando a maneira de cumpri-la, dentro da discricionariedade da administração. Na execução, previu a participação cidadã no controle do cumprimento do plano de saneamento e do programa fixado, encomendando ao defensor do povo a coordenação dessa participação, mediante a formação de um colegiado integrado pelas organizações não governamentais intervenientes na causa. A execução da sentença está ainda sendo cumprida de forma gradual e progressiva, observando o cronograma apresentado”¹⁶.

¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 403-404.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 249, pp. 26-27.



5. As decisões estruturais no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal já proferiu algumas decisões que podem ser consideradas como estruturais.

No caso Raposa Serra do Sol (Ação Popular n. 3.388/RR), por exemplo, o STF admitiu a demarcação de terras em favor de um grupo indígena, mas estabeleceu diversas “condições” para o exercício, pelos índios, do usufruto da terra demarcada, dentre elas, a necessidade de o usufruto ficar condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional, já que a terra indígena está situada em zona de fronteira do país¹⁷. Além disso, foram vivificados diversos marcos que precisariam ser considerados no processo administrativo para a identificação e demarcação de terras indígenas.

Esse caso é emblemático, porque revela um apanágio das decisões estruturais: a imposição de um regime jurídico de transição entre a situação anterior e aquela que se busca implantar, concretizando, assim, o princípio da segurança jurídica. Para Antonio do Passo Cabral, o poder de o órgão julgador criar uma “justiça de transição” (*mending justice*) entre a situação anterior e aquela que se pretende implantar seria implícito¹⁸, decorrente do princípio da proteção da confiança¹⁹.

Outro exemplo é a decisão proferida no Mandado de Injunção n. 708/DF, em que o STF cuidou do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis. Na oportunidade, constatou-se que a omissão legislativa quanto à regulamentação do tema persistia, a despeito de anteriores decisões em que se reconhecia haver mora dos órgãos legislativos. Entendeu-se que, para não se caracterizar uma omissão judicial, era preciso superar essa situação de

¹⁷ STF, Pet 3388, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19.03.2009, DJe 24.09.2009.

¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 521, com amplas referências. O autor arremata: “Com efeito, muitas decisões de quebra de estabilidade devem ser acompanhadas por regras de transição para evitar uma ruptura das expectativas que pudessem ter sido criadas em favor da manutenção da posição estável, facilitando uma adaptação suave ao novo regramento. Nesse sentido, a edição de regras de transição não deve ser vista apenas como um poder estatal, mas como um *dever* decorrente da cláusula do Estado de Direito, com o correlato e respectivo direito individual” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 521).

¹⁹ Sobre as regras de transição criadas pelo órgão jurisdicional no caso de quebra da estabilidade, indispensável a leitura de CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 520-544.



omissão e, em face disso, determinou-se, dentre outras coisas, que se aplicasse ao caso a Lei n. 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores celetistas em geral, com as adaptações devidas, “enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII)”²⁰.

Ao que parece, a decisão proferida pelo STF na ADPF 378, relativamente ao rito do processo de impeachment (Lei 1.079/1950), pode ser considerada como mais um exemplo de decisão estrutural, de acordo com notícia acessada no site do STF, “por maioria, os ministros entenderam que cabe à Câmara dos Deputados apenas autorizar o Senado a abrir o processo, cabendo ao Senado fazer o juízo inicial de instalação ou não do procedimento, quando a votação se dará por maioria simples. Fixaram também que a votação para escolha da comissão especial na Câmara deve ser aberta, sendo ilegítimas as candidaturas avulsas de deputados para sua composição, e que o afastamento do cargo de presidente ocorre após o processamento da denúncia pelo Senado”²¹.

6. Revisão dos conceitos tradicionais imposta pelas decisões estruturantes

A admissão das decisões estruturais pressupõe a revisão de diversos conceitos.

Em primeiro lugar, segundo Sérgio Cruz Arenhart, “é preciso um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia da ‘separação dos Poderes’, percebendo que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público”²².

Como consequência disso, é preciso repensar a ideia de que o Judiciário não pode imiscuir-se na análise do chamado “mérito administrativo”. Segundo ensina Eduardo José da

²⁰ STF, MI 708, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, Dje 30.10.2008. Vale referir a Lei 13.300/2016, que disciplina o mandado de injunção.

²¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306611>. Acesso em 23 dez 2015.

²² ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 397. Também nesse sentido: VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 146.



Fonseca Costa, “quando o Poder Judiciário condena o Estado a implantar uma política até então inexistente, a complementar uma política deficiente ou a aperfeiçoar uma política ineficiente, o juiz da causa acaba imiscuindo-se em um elemento de ‘mérito’ da atividade administrativa e tendo alguma ingerência no desenho institucional da política pública pretendida”²³.

Além disso, é preciso que se admita certa atenuação da regra da congruência objetiva externa, que exige correlação entre a decisão e a demanda que ela resolve, “de modo a permitir ao magistrado alguma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado”²⁴. Em casos tais, é fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios individuais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação. A ideia dos processos estruturais é, como visto, a de alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Sucede que nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária para alcançar essa finalidade. Muitas vezes isso somente é aferível já no curso do processo. Daí a necessidade de ser maleável com a regra da congruência objetiva externa.

A flexibilidade da congruência objetiva supõe, por isso, que a interpretação do pedido (art. 322, § 2º, CPC) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Basta imaginar uma ação coletiva que diga respeito aos milhares de problemas relacionados ao rompimento da barragem da Samarco, em Minas Gerais, em 2015, o maior acidente ambiental da história brasileira. O andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vai paulatinamente transformando o objeto litigioso e exigindo novas providências judiciais. A interpretação do pedido é seguida de perto pela necessidade da interpretação das decisões em razão do conjunto da postulação e da decisão e da boa fé (art. 489, § 3º, CPC).

Segundo essa perspectiva, o art. 493 do CPC também ajuda a compreender a disciplina dos processos estruturais. Ao autorizar e impor que a decisão judicial seja ajustada à realidade

²³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo, cit., p. 29.

²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 398.



atual dos fatos, o legislador diz ao julgador que ele deve interpretar a demanda – e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural – segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência²⁵. A dinamicidade com que se altera o cenário fático dos litígios subjacentes aos processos estruturais torna esse art. 493 do CPC uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados.

Por outro lado, enquanto a efetivação das decisões proferidas em processos não estruturais se dá, normalmente, de forma impositiva, é comum que a efetivação da decisão estrutural se dê de forma dialética, “a partir de um debate amplo cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada”²⁶. Também pode colaborar para a efetivação da decisão o dever de estimular a conciliação a qualquer tempo, inclusive na execução, mesmo que verse sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo e envolvendo sujeito estranho ao processo (arts. 3, § 3º e 515, § 2º, CPC).

7. Base normativa para a execução das decisões estruturais

No Direito processual brasileiro, a base normativa para a execução das decisões estruturais, necessariamente atípica, decorre da combinação do art. 139, IV²⁷, com o art. 536, § 1º, ambos do CPC. Os dispositivos são cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas.

²⁵ Veja o exemplo das ações possessórias: admite-se, com base no art. 554 do CPC, que o juiz defira ao requerente a proteção possessória adequada à realidade atual dos fatos, ainda que distinta daquela que fora pleiteada quando do ajuizamento da demanda.

²⁶ VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*, cit., p. 151. Eduardo José da Fonseca Costa utiliza as expressões “execução negociada” e “execução complexa cooperativa” para descrever a participação dos sujeitos na efetivação de decisões que visam efetivar políticas públicas (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A “execução negociada” de políticas públicas em juízo*, cit., p. 41-42). Para ele, “o dia a dia forense tem mostrado, assim, que a *execução forçada* não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública” (Idem, *ibidem*, p. 35).

²⁷ JOBIM, Marco Felix. “A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 230-232.



Por fim, em razão da complexidade das matérias debatidas nos processos estruturais e da potencialidade de que as decisões aí proferidas atinjam um número significativo de pessoas, é preciso pensar em novas formas de participação de sujeitos no processo, como a admissão de *amicus curiae* e a designação de audiências públicas e outras formas atípicas de participação²⁸. As fórmulas tradicionais de intervenção pensadas para os processos individuais não são suficientes para garantir participação ampla nos processos estruturais.

8. Ativismo, disfunção política e vínculos de direitos fundamentais: a margem do “não-decidível que não”

O tema do ativismo judicial gera importante dissenso na doutrina, por essa razão revela-se adequado demonstrar que a atuação do Poder Judiciário ocorre legitimada por uma *disfunção* política e não por uma *atividade* política. Isto ocorre porque a ideia de controle judicial de políticas públicas, tanto da atividade pública e estatal, quanto da atividade privada, está ligada às noções que surgem a partir da ideia de “função social” do direito e dos institutos tradicionais do direito privado, a exemplo da função social da propriedade²⁹. Como consequência, a lei estabelece fins que estão subtraídos da esfera de liberdade dos particulares e também do Estado, e não são disponíveis ao seu arbítrio individual³⁰ e à conveniência e oportunidade do administrador. Esses fins, em grande parte, serão os “nunca mais”

²⁸ No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. “Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control”, cit., p. 26.

²⁹ A questão social emergiu na Europa ainda no final do Século XIX e início do Século XX. Claro está que foram a Constituição de Weimer (1919) e a Constituição do México (1917) que primeiro reconheceram direitos sociais, fundando o Estado Social, porém esse movimento inicial somente se internacionalizou com o período pós Segunda Guerra, no qual as Constituições da maioria dos países da Europa aderiram a esse modelo social de Estado, que se espalhou pela América Latina. Outro detalhe importante é o surgimento de novos direitos e novas preocupações decorrentes da experiência negativa provocada pela guerra, como os direitos do consumidor e ambiental.

³⁰ Na inspirada lição de Natalino Irti, os fins são subtraídos da esfera dos titulares do direito, a legislação estabelece ela mesma qual os fins desejáveis a serem realizados, a regra não é mais instrumental, mas teleológica: “*Quest’ultima può e deve perseguire dati fini, che, dunque, vengono sottratti alla scelta ed alla valutazione di convenienza dei privati (...). L’essenza della legge ne viene radicalmente trasformata: non più regola ‘strumentale’ (...), ma regola ‘finale’.*” (IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*, cit., p. 15).



constituídos pela “*esfera do não decidível*”³¹, representando garantias para efetivação dos vínculos decorrentes dos direitos fundamentais sociais.

Não há que se falar, desta forma, de ofensa à separação de poderes. Assim, o que realmente diferencia os poderes é a tônica de sua legitimidade, ou seja, exercerem a sua legitimidade a partir da representação popular (Executivo e Legislativo), ou a partir da Constituição e das leis (Poder Judiciário e demais instituições de garantia dos direitos fundamentais, como as agências reguladoras e o Ministério Público). As funções de garantia estão, desta forma, diferenciadas das funções de governo porque atuam para a conformação da margem do decidível, colocando-lhe limites e vínculos definidos pelos direitos fundamentais. Trata-se dos limites e vínculos desenhados pela esfera do “não decidível que” (direitos de liberdade) e do “não-decidível que não” (direitos sociais). A *função de garantia*, portanto, atua como função contramajoritária, assegurando os limites e vínculos decorrentes do modelo constitucional garantista³². Dessa forma, a atuação do Poder Judiciário brasileiro em políticas públicas é necessária para a completude deontica do modelo garantista (*MG*), nos casos de omissão ou inconstitucionalidade dos atos demais poderes³³, esta atividade é tendencialmente cognitiva, por decorrer da interpretação do ordenamento jurídico em favor dos vínculos estabelecidos pelos direitos fundamentais e não da mera criatividade do juízo.

Assim, o controle da disfunção política do ponto de vista jurídico passa por identificar se está ocorrendo, no caso concreto, uma proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). Estas linhas, máxima e mínima, evitam que o Estado deixe de

³¹ Conforme a terminologia de Luigi Ferrajoli, cf. FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti*, § 1.1. Sobre o paradigma constitucional garantista consultar ainda FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto*, p. 891; FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, parte V; FERRAJOLI, Luigi. *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari 2011, cap.I. Sobre as noções de “sfera del non decidibile” e de “sfera del decidibile”, cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto*, §§ 11.18 e 12.6, pp.819-824 e 872-876 e *Principia iuris. Teoria della democrazia*, cap.XIII e § 15.1, pp.303-308; FERRAJOLI, Luigi. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Bologna: Il Mulino, 2013. (FERRAJOLI, Luigi. *Dos direitos e das garantias. Conversação com Mauro Barberis*. Salvador: Juspodivm, 2017, no prelo, trad. e org. ZANETI JR., Hermes; SALIM, Alexandre; COPETTI NETO, Alfredo. Coleção *Teoria e Processo*).

³² FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Trad. de André Karam Trindade. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 03.03.2014.

³³ Sobre o modelo garantista (*MG*) proposto por Luigi Ferrajoli, ainda, FERRAJOLI, Luigi, *La democrazia attraverso i diritti*, §§ 2.1; 5.4/5.9, com a explicitação dos quatro postulados do modelo *MG*, subdividido em: legalidade; completude deontica; jurisdicionalidade e acionabilidade.



prestar a tutela adequada aos direitos fundamentais. Ultrapassadas estas linhas, a intervenção é obrigatória. “O exame da suficiência da política pública incumbe ao Poder Judiciário, como forma de assegurar o conteúdo mínimo de proteção”.³⁴ Ora, se o Judiciário deixar de agir ele mesmo estará incorrendo na proibição de proteção insuficiente, vez que deve assegurar a efetivação dos direitos fundamentais³⁵, sendo a sua função atuar como instituição de garantia secundária, para o caso de a previsão das garantias primárias não serem efetivas.

Nesse sentido, entendeu o STF: “*Não há violação ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo estadual o cumprimento do dever constitucional específico de proteção adequada dos adolescentes infratores, em unidade especializada, pois a determinação é da própria Constituição, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, §1º, V, CF/88). A proibição da proteção insuficiente exige do Estado a proibição de inércia e omissão na proteção aos adolescentes infratores, com primazia, com preferencial formulação e execução de políticas públicas de valores que a própria Constituição define como de absoluta prioridade. Essa política prioritária e constitucionalmente definida deve ser levada em conta pelas previsões orçamentárias, como forma de aproximar a atuação administrativa e legislativa (Annäherungstheorie) às determinações constitucionais que concretizam o direito fundamental de proteção da criança e do adolescente.*”³⁶

Em linha de conclusão, considerando tais premissas, não há como concordar com o controle judicial de políticas públicas *unicamente* nos casos em que ocorra ofensa ao mínimo

³⁴ Apelação Cível Nº 70028084986, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 25/02/2009, existem outros precedentes na mesma Câmara, “O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas que o implementam, embora vinculem o Estado e os cidadãos, devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, sendo obrigação do Poder Judiciário fiscalizar a execução dessas políticas, sem que isso implique ofensa aos princípios da divisão de poderes (ar. 2º da CF/88), da reserva do possível ou da isonomia e da impessoalidade” (Apelação Cível Nº 70026405100, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 26/11/2008).

³⁵ Assim, SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos sociais como direitos fundamentais*, p. 243.

³⁶ Pedido de suspensão de liminar nº 235, Rel. Min. Gilmar Mendes, já citado pelo Des. Miguel Ângelo da Silva, nota *supra*. Na doutrina, STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, p. 180, mar. 2005; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, p. 107, 132, jun. 2005.



existencial³⁷. O compromisso do Estado Democrático Constitucional é com a efetivação dos direitos fundamentais como um todo e a proibição de sua proteção insuficiente revela-se parâmetro de destaque nesse sentido. A existência de ofensa ao mínimo existencial, com certeza, apenas reforça esse argumento.

O controle da disfunção política do ponto de vista jurídico passa por identificar se ocorre, no caso concreto, *proibição de excesso (Übermassverbot)* ou *proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)*, ou seja, da ultrapassagem pelo poder público da margem do decidível, quer pela conduta comissiva, *não-decidível que*, quer pela omissiva, *não-decidível que não*. Em caso afirmativo, ultrapassadas as linhas máximas e mínimas, a intervenção corretiva é obrigatória, para garantia dos limites e vínculos que no constitucionalismo garantista decorrem da adoção de um modelo de direitos fundamentais.

9. Conclusão

As decisões estruturantes servem para tornar efetivas as reformas estruturais necessárias ao cumprimento integral dos vínculos, daquilo que o legislador e o constituinte estabeleceram como *“não-decidível que não”*,³⁸ que caracteriza os modernos Estados Constitucionais como democracias de direitos, democracias para tutela dos direitos fundamentais, independentemente das opções políticas e econômicas do Estado e do mercado.

³⁷ Assim, SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos sociais como direitos fundamentais*, p. 241; FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*, p. 74, nota 4. Realçando a importância do mínimo existencial: BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revistas de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 240, abril/junho, 2005, p. 87/88. O tema é complexo, e muito relevante, ligado à dignidade humana Para o conceito de dignidade humana, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del Diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2007; ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 215.



Referências bibliográficas:

ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revistas de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 240, abril/junho, 2005

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro/2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Vol. IV.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Trad. de André Karam Trindade. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 03.03.2014.

_____. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Bologna: Il Mulino, 2013. (FERRAJOLI, Luigi. *Dos direitos e das garantias. Conversação com Mauro Barberis*. Salvador: Juspodivm, 2017, no prelo, trad. e org. ZANETI JR., Hermes; SALIM, Alexandre; COPETTI NETO, Alfredo. Coleção *Teoria e Processo*).

_____. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 8ª ed. Roma/Bari: Laterza, 2004.

_____. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*. Roma/Bari: Laterza, 2013.



_____. *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*. Roma/Bari: Laterza, 2011.

_____. *Principia Iuris. Teoria del Diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2007.

FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives. An Introduction to Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 249.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JOBIM, Marco Felix. "A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro". *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

_____. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva". *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. "Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência". *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, p. 107, 132, jun. 2005.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. "A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais". *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, nº 97, p. 180, mar. 2005.



VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: Juspodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.