



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

RENATA BOLZAN JAURIS

**A COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES  
COM O PROCESSO TRANSINDIVIDUAL**

---

Londrina  
2018

RENATA BOLZAN JAURIS

**A COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES  
COM O PROCESSO TRANSINDIVIDUAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial – área de concentração Acesso à Justiça, da Universidade Estadual de Londrina, como exigência para a obtenção do grau acadêmico de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Londrina  
2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Jauris, Renata Bolzan.

A compatibilidade das medidas estruturantes com o processo transindividual / Renata Bolzan Jauris. - Londrina, 2018.  
100 f.

Orientador: Luiz Fernando Bellinetti.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2018.

Inclui bibliografia.

1. Processo civil - Tese. 2. Medidas estruturantes - Aplicações - Tese. 3. Juizes - Decisão - Tese. 4. Processos transindividuais - Processo civil - Tese. I. Bellinetti, Luiz Fernando. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

RENATA BOLZAN JAURIS

**A COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES COM O  
PROCESSO TRANSINDIVIDUAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial – área de concentração Acesso à Justiça, da Universidade Estadual de Londrina, como exigência para a obtenção do grau acadêmico de Mestre em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientadora: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

---

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

---

Prof. Dr. Tiago Gagliano Pinto Alberto  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná –  
PUCPR

Londrina, 12 de novembro de 2018.

JAURIS, Renata Bolzan. **A Compatibilidade das Medidas Estruturantes com o Processo Transindividual**. 2018. 100. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2018.

## RESUMO

As medidas estruturantes das decisões podem ser conceituadas como uma técnica de fixação do comando decisório que dirigidas ao objetivo de conferir efetividade à decisão, impõem tutelas difusas ao litígio, de maneira gradual e com vistas ao futuro, com o escopo de evitar que a tutela judicial obtida em si seja um problema, bem como de evitar o surgimento de novos dissensos em torno da própria tutela. A imposição de uma decisão judicial, por vezes, traz abalos no plano social, cultural e econômico, seja em virtude da população não estar preparada para o cumprimento de determinado comando, ou em razão do cumprimento direto da decisão gerar discrepâncias. Nesse contexto, é necessário decidir de forma que, concretamente, a ordem judicial esteja apta a ser cumprida, e não seja apenas simbólica. Por outro lado, vislumbra-se uma nova perspectiva para a atuação jurisdicional, abrindo-se um campo fértil para a aplicação das medidas estruturantes, eis que ao juiz são concedidos maiores poderes para o efetivo cumprimento de uma ordem judicial e para a consequente efetividade das decisões. Por sua vez, tais poderes assumem especial relevo e importância ao se tratar do processo coletivo. A investigação visa, portanto, utilizando-se do método dedutivo, analisar os efeitos das medidas estruturantes e compreender o real alcance na implementação da efetividade das decisões, especialmente em ações coletivas. Para o cumprimento desse mister, discute-se os conceitos de direito, de jurisdição e de decisão judicial que orientam a formação e aceitação pelo sistema jurídico das medidas estruturantes. Esmiúça-se a concepção de medidas estruturantes e suas raízes históricas, as formas de decisão em que as medidas estruturantes são aplicadas e as técnicas de implementação aplicáveis. Defende-se a consonância das medidas estruturantes ao direito brasileiro, não apenas como forma de efetivação da tutela jurisdicional, mas também como partícipe do sistema de controle do poder estatal e de concretização do acesso à Justiça. Nesse contexto, discute-se a aptidão das medidas estruturantes como forma de provimentos nas ações coletivas, sob o amparo da flexibilidade conferida a estas ante as releituras dos institutos processuais tradicionais. Por derradeiro, analisa-se a viabilidade da aplicação das medidas estruturantes no processo coletivo, no qual o processo potencialmente cumpre o papel de elemento transformador da realidade social como forma de se alcançar a efetividade dos interesses transindividuais tutelados. O estudo foi desenvolvido no curso de mestrado em direito negocial e na área de concentração acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Medidas estruturantes. Tutela coletiva. Processos transindividuais. Efetividade. Implementação das decisões.

JOURIS, Renata Bolzan. **The Compatibility of Structural Injunctions with the Transindividual Procedure**. 2018. 100 p. Dissertation (Master's thesis in Negotial Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2018.

## **ABSTRACT**

Structural injunctions of judiciary rulings can be understood as techniques for fixating decisive commands which, in order to make the decision-making process effective, impose diffuse protections for litigation in a progressive manner that aims towards the future, having as its objective the prevention of damages of the possible negative consequences of judicial protection. Thus, also helping to reduce the emergence of dissension surrounding judicial protection. Moreover, the imposition of a judicial decision sometimes causes social, cultural and economic anxiety – as either society is not yet fully prepared to comply with a particular command or its enforcement generates discrepancies within the legal system. Within this context, the judiciary, carefully, has to decide in such a way that allows its commandments to be properly enforced. Furthermore, this study pinpoints a new perspective for jurisdictional action, opening fertile ground for the application of structural injunctions. In this case, the magistrate is granted broader powers in order to enforce court orders, thusly, making their decisions more effective. In that regard, these powers assume special relevance and importance in class action lawsuits. This research, therefore, utilizes the deductive method in order to analyze the effects of structural injunctions and its actual effectiveness in enforcing decisions, especially in class action lawsuits. In order to accomplish such task, this study explores the concept of law, jurisdiction and judicial rulings – as they guide the formation and acceptance of structural injunctions in the legal system. Consequentially, this research investigates the concept of structural injunctions, their historical roots, forms of decisions in which they are applied and techniques for implementation. Additionally, this thesis discusses the relevancy of structural injunctions in Brazilian law, not only as a form for effective judicial protection, but also as a transformative element in society as it enables access to justice. In such context, this study explores the aptness of structural injunctions as a form of provision for class actions, under the paradigm of flexibility before the many re-interpretations of traditional procedural institutes. Finally, this research examines the feasibility of implementing structural injunctions in class actions, because, if utilized correctly, they potentially fulfill the role of benefitting the current social reality as a means for achieving and protecting transindividual rights in the judicial system. This study was conducted in the University of Londrina's Master's Program in Negotial law and in the following area of concentration: access to justice.

**Key words:** Structural injunctions. Collective tutelage. Transindividual lawsuits. Effectiveness. Implementation of decisions.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1</b>	<b>DIREITO, JURISDIÇÃO E DECISÃO JUDICIAL</b> .....	11
1.1	NOÇÕES DE DIREITO .....	11
1.2	JURISDIÇÃO E PROCESSO JURISDICIONAL .....	16
1.3	DECISÃO JUDICIAL .....	18
<b>2</b>	<b>AS MEDIDAS ESTRUTURANTES E O ENQUADRAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	24
2.1	CONCEPÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES .....	24
2.2	MEDIDAS ESTRUTURANTES E MITIGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DEMANDA E DA CORRELAÇÃO.....	33
2.3	APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES – MOMENTO E TIPO DE DECISÃO .....	36
2.4	TÉCNICAS OU FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	39
2.5	ENQUADRAMENTO DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO DIREITO BRASILEIRO .....	43
2.6	TOLERÂNCIA OU CONTRADIÇÃO ENTRE O SISTEMA DE CONTROLE DO PODER ESTATAL E AS MEDIDAS ESTRUTURANTES .....	44
2.7	ACESSO À JUSTIÇA: SEDE CONSTITUCIONAL DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES .....	47
2.8	O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O AMOLDAMENTO DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES DA DECISÃO JUDICIAL .....	49
2.9	MEDIDAS ESTRUTURANTES: CASOS PARADIGMAS NO BRASIL .....	52
<b>3</b>	<b>EFETIVIDADE E AÇÕES COLETIVAS</b> .....	58
3.1	EVOLUÇÃO DO PROCESSO COLETIVO .....	58
3.2	DAS AÇÕES COLETIVAS.....	61
3.3	ACESSO À JUSTIÇA E AÇÕES COLETIVAS .....	66
3.4	O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NAS AÇÕES QUE VISAM A TUTELA A INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS .....	72

<b>4</b>	<b>APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO PROCESSO TRANSINDIVIDUAL</b> .....	<b>75</b>
4.1	SOBRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DO CARVÃO .....	79
4.2	<i>THE COLUMBIA BASIN SALMON SAGA</i> – O CASO DO SALMÃO NA BACIA DO RIO COLUMBIA.....	81
4.3	AS MEDIDAS ESTRUTURANTES COMO FORMA ADEQUADA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRANSINDIVIDUAIS.....	83
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>86</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>91</b>



## INTRODUÇÃO

Os juízes são representantes de uma das funções do Estado. Como representantes de uma das funções, mais especificamente, do Poder Judiciário, os juízes exercem funções de governo. Classicamente, ao Poder Judiciário incumbiria tão somente aplicar as leis. No entanto, a mera aplicação da lei vem perdendo espaço para a atribuição de novos papéis aos juízes.

O juiz, mais do que à lei, passa a submeter-se a um sistema jurídico – a um todo – ao qual, de maneira bifronte, constrói e se submete. Constrói, uma vez que o sistema jurídico é delineado pela própria aplicação (por exemplo, ao aplicar o direito ao caso concreto, o juiz forma jurisprudência, ou, ao declarar uma lei inconstitucional, extirpa do sistema aquela norma) e se submete, pois sem obediência ao sistema jurídico haveria espaço para o arbítrio – o que é tão indesejado quanto à mecânica fidelização à lei.

Os novos papéis atribuídos aos magistrados ganham contornos ainda mais nítidos quando se tem em voga ações cuja controvérsia orbite nos interesses transindividuais. A coexistência de direitos incita as ações que envolvem os conflitos transindividuais, é um desafio a ser enfrentado pelo sistema jurídico, uma vez que tais interesses são interligados e colidentes, portanto, inegável o caráter controvertido que permeia tutela jurídica pertinente a tais demandas.

Ocorre que não há uma fórmula padronizada para solucionar tal desafio e, por outro lado, a efetividade processual tem alcançado cada vez mais um valor fundamental, ao passo que a importância do processo tem sido medida pelos resultados que está apto a obter. Como corolário, os institutos processuais passam a ser vistos sob uma óptica diferenciada, ligados à efetiva tutela do direito material que está vocacionado a proteger.

Os institutos pertinentes ao processo, tradicionalmente de raízes liberal-individualistas, tais como o conceito tradicional de legitimidade e dos efeitos da coisa julgada, e ainda as balizas pertinentes ao Princípio da Adstrição, tornam-se insuficientes para atender a tutela de pretensões que repercutem, sobretudo, na coletividade.

A massificação das relações sociais gerou, portanto, a necessidade de uma adequada tutela dos direitos de massa. Soluções de controvérsias pontuais e

vinculadas a fins privados não são mais suficientes para assistir aos interesses transindividuais.

E, quando se fala em interesses transindividuais, a importância da efetividade assume singular importância. O resultado da tutela jurisdicional proveniente de uma ação coletiva, tende a atingir uma amplitude maior que aquela proveniente das ações individuais – além da maior abrangência subjetiva que envolve tais questões, tem-se que a problemática dos conflitos é mais ampla e relevante e, normalmente, está atrelada a direitos fundamentais.

As questões tratadas em ações coletivas muitas vezes envolvem questões estruturais como o enfrentamento de paradigmas sociais e culturais e matérias antes adstritas à seara do Poder Executivo e do Legislativo, como a definição e execução de políticas públicas. Desta feita, o potencial que uma tutela definida em ação coletiva possui de interferir no plano fático é bem mais amplo que aquele definido em ações individuais.

Nesse contexto, surgem algumas problemáticas que envolvem, sobretudo, a efetividade das ações coletivas como, por exemplo, se há um motivo para existir um processo judicial em que o direito proposto não possa ser efetivado e, também, se é possível a utilização no direito brasileiro das medidas estruturantes como uma forma de solucionar o déficit de efetividade quando se fala na implementação da tutela dos direitos transindividuais.

É sob essa óptica que, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, e utilizando-se do método dedutivo, este estudo se propõe a analisar o processo como um instrumento de efetivação da tutela conferida aos conflitos coletivos, sob o enfoque da utilização das medidas estruturantes.

Para cumprir com esse desiderato, primeiramente é necessário definir as noções básicas doutrinárias sob as quais se fundam o presente trabalho. Com este mister, no primeiro capítulo serão definidos os enfoques utilizados como vetores para o trabalho quanto à noção de Direito, de Jurisdição e de Decisão Judicial.

No segundo capítulo do trabalho serão analisados os aspectos históricos e conceituais das medidas estruturantes, a natureza jurídica, aplicabilidade e cabimento do instituto no direito brasileiro, bem como o uso das decisões estruturais como forma de implementação das decisões judiciais.

Em seguida será analisada a adequação do direito processual brasileiro ao instituto das medidas estruturantes. É feita a análise da compatibilidade das decisões

estruturais com a Constituição da República de 1988, o que passa pela adequação ao sistema de divisão das funções na organização estatal, bem como com as garantias constitucionais do processo como o acesso à justiça e o devido processo legal. São examinados ainda os dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 que ofereceriam guarida para a aplicação das decisões de eficácia programada e algumas decisões paradigmas em que o instituto foi aplicado em solo brasileiro.

Após, é imperioso avaliar a sistemática das ações coletivas, os destaques e particularidades pertinentes ao processo coletivo, bem como o papel destes na concretização do acesso à justiça e da efetividade. Aqui analisa-se também as peculiaridades da jurisdição coletiva e do papel do juiz, especialmente quando se trata da tutela dos direitos transindividuais. É o que se fez no terceiro capítulo do estudo.

No quarto e último capítulo, busca-se estudar o cabimento das medidas estruturantes como meio adequado para a construção da tutela jurisdicional resultante de ações coletivas para a proteção dos interesses transindividuais. Tal ponderação é feita à luz da análise de alguns casos concretos em que se buscou a otimização da tutela jurisdicional com a aplicação das medidas estruturantes.

Em linhas preliminares, é a isso que as páginas seguintes se dedicam.

## 1 DIREITO, JURISDIÇÃO E DECISÃO JUDICIAL

O esclarecimento prévio do que se vem a entender por *Direito, jurisdição e decisão judicial*, diante das diversas perspectivas conceituais que as bases jusfilosóficas permitem existir – partindo-se da premissa de que as medidas estruturantes fazem parte de um todo que envolve o Direito e o processo – é essencial para que se obtenha coerência lógica e metodológica do estudo.

Nesse sentido, mister se faz traçar os parâmetros conceituais empregados como norteadores da pesquisa. No entanto, põe-se à lume que aqui não se pretende esgotar o tema relativamente a tais concepções o que, por si, já se estenderia de forma a caracterizar um estudo principal. O que aqui se preconiza é tão somente identificar os posicionamentos adotados quanto a tais conceitos, por serem eles basilares para o desenvolvimento do tema.

### 1.1 NOÇÕES DE DIREITO

Uma noção preliminar e mais intuitiva do Direito traz a ideia do estabelecimento de regras obrigatórias e da imposição de limites à ação e ao convívio social. A limitação à conduta, por vezes, ocorre através da legislação.

“A lei não esgota o Direito, como a partitura não exaure a música”, afirma Mário Moacyr Porto (1960, p.11). A afirmativa indica justamente que não se pode resumir a noção que se deve ter de Direito meramente às intervenções legislativas. A complexidade da vida social é por demais abrangente para que a lei consiga exaurir todas as suas variações e nuances.

Miguel Reale (1998, p. 2-3) aponta como uma das principais características do Direito a *socialidade*, ou seja, a sua qualidade de ser social. Afirma que o Direito vem da necessidade de uma convivência ordenada, sem se apartar das estruturas lógicas e normativas através das quais se processa.

A convivência humana em sociedade pode ser entendida como um pressuposto para a reflexão sobre o que é o Direito, e, na sociedade, os indivíduos não vivem isolados e não são autossuficientes, razão pela qual é necessário organizar o convívio. Para tanto, os indivíduos elegem os valores a serem compartilhados e estabelecem normas para a concretização destes (GOMES, 2011, p. 109-110).

Luiz Fernando Bellinetti (1994, p. 21) define o Direito “como a ordem concreta que objetiva regular a conduta humana de forma externa, bilateral e coercitiva”.

Immanuel Kant (2008, p. 76), por sua vez, define o Direito como “a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade”. O conceito de direito, para o autor, remete à ideia do exercício da liberdade, através de escolhas exteriorizadas e de acordo com a lei universal, de forma que o uso do arbítrio coexista com a liberdade de todos. A coerção apresenta-se como um obstáculo ao exercício da liberdade que surge quando seu uso é feito de tal forma que de acordo com as leis universais, representa um obstáculo à própria liberdade. O conceito de Direito, portanto, pode-se localizar “diretamente na possibilidade de vincular coerção recíproca universal com a liberdade de todos” (KANT, 2008, p. 78).

Das concepções de Direito expostas, extrai-se que o Direito é um ordenamento, voltado para regular as condutas dos indivíduos e que pressupõe o relacionamento humano, a concretização da conduta (exteriorização) e a coercibilidade.

Ao detalhar a concepção de Direito, afirma Luiz Fernando Bellinetti (1994, p. 22-26) que, primeiramente, deve-se observar que o Direito é um ordenamento, entendido como uma forma de organizar diferenciada, através do que se conhece por ordem jurídica. A ordem jurídica, por sua vez, caracteriza-se por regular a conduta humana. O Direito tem como escopo solucionar os conflitos surgidos a partir da conduta humana exteriorizada em sociedade e, assim, possibilitar a coexistência pacífica e o aperfeiçoamento humano.

Paulo Nader (2002, p. 44) afirma que o Direito, em sua dimensão positiva, “é o conjunto de normas de conduta social, imposto coercitivamente pelo Estado, para a realização da segurança, segundo os princípios de justiça”.

O Direito preocupa-se com o agir da pessoa (e não com aquilo que ela pensa), a conseqüente criação de direitos e deveres recíprocos e a possibilidade de constranger o indivíduo a determinada conduta, através do que se conhece por coercibilidade (BELLINETTI, 1994, p. 25).

Miguel Reale (1998, p. 64-65) aduz que a estrutura do Direito, ante as diversas acepções que pode assumir, caracteriza-se por ser tridimensional<sup>1</sup>, podendo-se

---

<sup>1</sup> Quanto à estrutura tridimensional do Direito, afirma Miguel Reale (1999, p. 65): “Nas últimas quatro décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que: a)

distinguir três aspectos na experiência jurídica, quais sejam: o aspecto normativo (Direito como ordenamento), o aspecto fático (Direito em sua efetividade social e histórica, como fato) e o aspecto axiológico (Direito identificado com o valor de justiça). Para Miguel Reale (1999, p. 67), a noção de Direito conjugada com a estrutura tridimensional, analiticamente poderá ser enunciada como “a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores”.

No que tange ao aspecto axiológico apontado por Miguel Reale (1999, p. 65), nota-se que outra forma intuitiva de definição do Direito identifica-o com a visão do *justo*. A justiça, no entanto, não deve ser vista como um valor em si, mas sobretudo como um pressuposto para a construção dos próprios valores e do ordenamento jurídico: um valor é assim compreendido porque parte do pressuposto que atende ao critério do justo e as normas (o ordenamento jurídico) surgem justamente como a sistematização do critério de justiça inserido em determinado contexto social.

A justiça é o senso de reprovabilidade, a convicção entre o que merece aprovação e aquilo que deve ser reprovado. O Direito deve<sup>2</sup> sistematizar a visão do justo. E a visão do justo é constantemente alterada em face das conexões do próprio ordenamento com as relações sociais e com a subjetividade, conferindo um sentido humano ao Direito.

Ao abordar a relação entre o Direito e a justiça, Norberto Bobbio (2001, p. 55) diz que a correspondência entre os dois é “um ideal a alcançar que ninguém pode desconhecer, mas não é uma realidade de fato”.

Quanto à justiça, afirma Cesar Asfor Rocha (2009, p. 32):

A nenhum de nós é estranho o tormentoso problema da justiça, não faltando os que dizem que ela é algo tão subjetivo e rebelde à conceituação que é

---

onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (*fato*, *valor* e *norma*) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram”.

<sup>2</sup> A forma verbal “deve” foi escolhida em razão de que nem sempre o Direito exprime uma ordem justa, o que só acontecer por exemplo, em sociedades autocráticas ou até mesmo em ordenamentos que exprimem a vontade da maioria, mas, por vezes, não refletem o justo que seria uma posição contramajoritária.

empreendimento impossível definir-lhe o exato conteúdo. Mesmo os que participam dessa desalentadora conclusão sabem detectar uma injustiça quando a encontram, e isso já é suficiente para afirmar que a justiça é um bem que se pode alcançar; basta persegui-lo com obstinação e denodo, o que me faz lembrar a reflexão de Calamandrei ao dizer *ser preciso acreditar na justiça, que, como todas as divindades, só se revela àqueles que nela creem* (grifos do autor).

Michael J. Sandel (2017, p. 323) afirma: “Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas”. E o viés direcionador da ideia de justiça é o “cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum”<sup>3</sup> (2017, p. 321). A preocupação com o todo, o sentimento de comunidade, a dedicação ao bem comum e o respeito mútuo são diretrizes para se fixar a ideia de justiça e, por sua vez, *devem* ser o arcabouço do ordenamento jurídico.

John Rawls (2008, p. 4) aduz que a justiça é a virtude primeira das instituições sociais. E, por essa razão, por mais bem organizadas e eficientes que as leis e as instituições sejam, se forem injustas, deverão ser abolidas ou reformuladas. Observe-se, no entanto, que dentro da estrutura social, não apenas as leis e instituições podem ser taxadas de justas ou injustas, mas também uma gama de atividades, dentre as quais se pode citar as decisões e julgamentos (RAWLS, 2008, p. 8).

O objeto principal da justiça é “a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social” (RAWLS, 2008, p. 8). A ideia de justiça, para o autor, consiste na propositura de princípios oriundos de um consenso, aplicáveis à estrutura básica da sociedade e que funcionam como vetores para a organização desta<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Michael J. Sandel (2017, p. 321) afirma que a justiça pode ser abordada através de três prismas: justiça como maximização da utilidade ou do bem-estar, através da promoção da máxima felicidade para o maior número de pessoas; justiça como o respeito à liberdade de escolha, sendo entendida a escolha tanto aquelas que são reais quanto as hipotéticas, que as pessoas poderiam fazer em determinada posição equânime; e, a justiça como o cultivo da virtude e preocupada com o bem comum.

<sup>4</sup> A despeito de não ser o objetivo desse estudo discutir as teorias da justiça, é importante destacar a teoria da justiça como equidade desenvolvida por John Rawls, a qual propõe dois princípios de justiça para servirem como guias na efetivação dos valores da liberdade e da igualdade (2000, p. 207-208): “(1) Cada pessoa tem direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades e de direitos básicos iguais para todos, compatíveis com um mesmo sistema para todos. (2) As desigualdades sociais e econômicas devem preencher duas condições: em primeiro lugar, devem estar ligadas a funções e a posições abertas a todos em condições de justa (*fair*) igualdade de oportunidades; e, em segundo lugar, devem proporcionar a maior vantagem para os membros mais desfavorecidos da sociedade. Tomados separadamente, cada um desses princípios rege as instituições num campo particular, não apenas no que diz respeito aos direitos, às liberdades e às oportunidades, mas também às reivindicações da igualdade; e a segunda parte do segundo princípio garante o valor dessas proteções institucionais. Ademais, tomados em conjunto, o primeiro tendo prioridade sobre o segundo,

Não se deve restringir a visão do Direito ao que é justo<sup>5</sup>, até porque a validade de uma norma não é condicionada tão somente à visão do que é justo, visto esta, por sinal, que carece de homogeneidade: a justiça não é uma verdade evidente, demonstrável de plano e universalmente válida.

Norberto Bobbio (2001, p. 53-54) afirma:

Quem desejar compreender a experiência jurídica nos seus vários aspectos deverá considerar que ela é a parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são: ideais de justiça a realizar, instituições normativas para realizá-los, ações e reações dos homens frente àqueles ideais e a estas instituições. Os três problemas são três aspectos diversos de um só problema central, que é o da melhor organização da vida dos homens em sociedade.

A ideia de justiça desempenha importante papel na formação do direito positivo, pois, sendo o direito uma ordem social e institucional, exige-se que as normas jurídicas sejam formuladas com a ajuda de critérios objetivos e racionais. Por outro lado, o fato de uma decisão ser resultado da aplicação direta da norma não a torna justa. Surge então o ordenamento jurídico como uma estrutura que permite interpretações e valorações.

A noção tradicional de ordenamento jurídico traz à lume a ideia de normas vigentes em determinado Estado. Esta noção tradicional, no entanto, é marcadamente baseada no Positivismo. Conforme afirma Luiz Fernando Bellinetti (1994, p. 27), “a noção tradicional de ordenamento jurídico é de fundo positivista e intimamente ligada à conceituação moderna de Estado”.

Ocorre que mesmo no que se conhece por noção positivista de ordem jurídica, tem-se admitido não apenas a ordem jurídica formada pelas leis, mas também a noção de ordem jurídica como aquela formada pela estrutura escalonada do direito (o

---

os dois princípios regem as instituições básicas que efetivam esses valores”. É válido observar que quanto ao tema o próprio autor fez uma releitura (RAWLS, 2011).

<sup>5</sup> Norberto Bobbio (2001, p. 54) aponta a existência de três teorias reducionistas: “Há uma teoria que reduz a validade à justiça, afirmando que uma norma só é válida se é justa; em outras palavras, faz depender a validade da justiça. O exemplo histórico mais ilustre desta redução é a doutrina do direito natural. Uma outra teoria reduz a justiça à validade, quando afirma que uma norma é justa somente pelo fato de ser válida, isto é, faz depender a justiça da validade. O exemplo histórico desta teoria é dado pela concepção do direito que se contrapõe à naturalista, que é a concepção positivista (no sentido mais restrita e limitado do termo). Finalmente, há uma teoria que reduz a validade à eficácia, quando tende a afirmar que o direito real não é aquele que se encontra, por assim dizer, enunciado em uma Constituição, ou em um Código, ou em um corpo de leis, mas é aquele que os homens efetivamente aplicam nas suas relações cotidianas: esta teoria faz depender, em última análise, a validade da eficácia. O exemplo histórico mais radical é dado pelas correntes consideradas realistas da jurisprudência americana e pelas suas antecipações no continente”.



ordenamento como um todo, um conjunto de normas que são entrelaçadas e se fundamentam reciprocamente) e como uma realidade sociológica – em que as normas aplicadas pressupõem vigência e efetividade (BELLINETTI, 1994, p. 28-29).

Não se nega a normatividade como um elemento essencial do Direito, até porque, extraída a referência normativa, o próprio mundo jurídico tende a desaparecer. O Direito, no entanto, abarca os aspectos normativos, fáticos e axiológicos, como componentes de um complexo totalizante do fenômeno jurídico (LEITE, 2005, p. 45).

Tem-se que ante os influxos sociais que afetam a concepção de Direito, especialmente quanto aos aspectos fáticos e axiológicos apontados por Carlos Henrique Bezerra Leite (2005, p. 45), o cenário econômico acaba por igualmente exercer forte influência, especialmente quando se tem em vista a economia globalizada.

Com o crescente predomínio dos sistemas financeiro e econômico mundiais sobre os sistemas locais e nacionais provenientes do fenômeno da globalização, no que tange à ordem jurídica, nota-se a crescente necessidade de revisão da política legislativa e de redefinição das fontes de direito, com conseqüente enxugamento do ordenamento jurídico e estímulo para que a sociedade crie mecanismos de auto-regulação (FARIA, 2010, p. 33-58).

O ser humano, durante toda a sua existência, é guiado por regras, sejam elas normas jurídicas ou de conduta (morais ou religiosas, por exemplo) e que, por vezes, estão tão inseridas no cotidiano que inconscientemente são obedecidas. O Direito aparece como a sistematização e exteriorização da ordem de conduta da vida humana em sociedade, dotado do atributo da coercitividade; e a normatividade (que não é produto exclusivo da atividade legislativa estatal) é marcadamente um atributo, a despeito de não ser o único.

## **1.2 JURISDIÇÃO E PROCESSO JURISDICIONAL**

Diante de uma situação de fato concreta, caberá ao magistrado, guiado pelos princípios constitucionais e pelo ordenamento jurídico, realizar a interpretação da lei e aplicá-la.

Nesse sentido, a jurisdição tem sido conceituada como uma função estatal, através da qual o Estado se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, de

forma imparcial, promover a pacificação do conflito que os envolve (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2002, p. 131).

A jurisdição seria a atuação jurídica do Estado, podendo ser qualificada como “uma *expressão do poder estatal*, exercida com a *função* de pacificar e mediante as *atividades* disciplinadas pela Constituição e pela lei.” (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 77).

Luiz Fernando Bellinetti (1994, p. 78) aponta que a atividade seria caracterizada como jurisdicional quando o Estado apreciar uma pretensão com o escopo (ao menos *prima facie*) de resolver um conflito de interesses, com o caráter de substitutividade. Afirma que seriam notas marcantes da atividade jurisdicional a finalidade de resolução de um conflito de interesses na atividade jurisdicional, a substitutividade e a ainda a necessidade de formulação de pretensões (BELLINETTI, 1994, p. 77-78).

Diversas teorias buscam apontar as características da jurisdição, as quais assumem especial importância na formação de um conceito de jurisdição que seja suficiente para permitir a evolução da aplicação e efetividade exigidas pelo Estado Democrático de Direito, guiado por valores constitucionais.

Inicialmente era defendido que a atividade jurisdicional se resumiria à aplicação da norma à situação concreta, numa mera declaração<sup>6</sup>. Após, passou-se a admitir que na atividade jurisdicional haveria a criação de uma norma individual ao resolver o litígio e esta norma individual teria como fundamento a norma geral, a qual seria declarada na fundamentação da sentença<sup>7</sup> (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 217-219).

Ocorre que diante da evolução da atividade jurisdicional, passou-se a exigir maior compreensão do juiz quanto ao caso concreto e, no que toca ao raciocínio decisório, atribuir sentido e valor – não apenas preencher as particularidades – características que se sobressaem quando se tem em mente a existência de uma sociedade pluralista:

---

<sup>6</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 217) apontam que a jurisdição era definida como o poder de dizer o direito para a solução de uma lide com força de coisa julgada, ideia compartilhada por Chiovenda. O papel do magistrado se resumiria a atuar a vontade concreta da lei, sem qualquer esforço interpretativo e supunha que o ordenamento jurídico seria completo e coerente.

<sup>7</sup> Afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 218) que esta teoria se baseia na doutrina de Carnelutti – ao afirmar que a função do juiz é a composição da lide e que ao compor a lide cria norma individual que regula o caso concreto – e na teoria de Kelsen que aponta que a diferença entre a atividade do juiz e do legislador é tão somente quantitativa eis que ambos criam normas com base em normas superiores.

É fácil perceber que em uma sociedade legalmente igualizada, em que as relações têm características definidas como homogêneas, não há dificuldade na visualização das particularidades dos casos conflitivos. Por esse motivo, na época em que se falava de lei genérica e abstrata, não se podia sequer imaginar que um dia o juiz teria de compreender e atribuir sentido e valor aos casos concretos. O caso era visto como algo que quase predefinido e, nessa linha, a função do juiz era apenas preencher as suas particularidades. Como a jurisdição não precisava outorgar sentido ao caso, bastava a sua subsunção à norma geral mediante mera aplicação lógica.

É verdade que a norma individual, ou a sentença, outorga características ao caso, mas é impossível ignorar que, na atualidade – diante do pluralismo da sociedade e da constante transformação dos fatos sociais –, é necessário muito mais do que isso, uma vez que a interpretação da lei, ou a norma formulada pelo juiz, depende do sentido do caso concreto (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 220).

É possível afirmar, portanto, que ocorreu uma reconstrução daquilo que se entende por função jurisdicional, em que o magistrado deverá ir além da conformidade legislativa para buscar a concretização dos valores constitucionalizados, sendo que a jurisdição passa a ter como papel, nas palavras de Owen Fiss (1979, p. 14), dotar de significado os valores constitucionais.

O desafio para a atividade jurisdicional, portanto, é conformar a situação em concreto à lei, à realidade social, aos valores constitucionais, sem descuidar das necessidades fáticas e de direito material que visa suprir.

Por outro lado, tem-se que a atividade jurisdicional, além de dizer o direito através da sentença, deve ser considerada prestada quando o direito é efetivamente tutelado. Dessa forma, as atividades executivas, assim como os meios de implementação das decisões judiciais, igualmente reputam-se inseridos naquilo que se denomina de jurisdição, o que obriga o magistrado a pensar não apenas no direito material a ser conferido, mas também na concretização desse direito, com base no direito fundamental à tutela efetiva.

### 1.3 DECISÃO JUDICIAL

“*Decidir* quer dizer, exatamente, cortar pelo meio.”, afirma Francesco Carnelutti (2001, p. 95). E, além de *cortar pelo meio*, o ato de decidir é formado por um mecanismo complexo, composto pelo conteúdo da decisão e, ao mesmo tempo, sua exteriorização formal.

O processo deliberativo tem a sua razão de existir justamente diante da existência de conflitos, contradições, vontades e desejos ambivalentes, no qual se

localiza, a um só tempo, liberdade e restrição. A decisão judicial, desta feita, forma-se a partir do processo deliberativo baseado em diretivas axiomáticas, oriundas tanto de regras quanto de concepções teóricas, passando pela justificação racional para as escolhas feitas e partindo para a execução do comando decisório. (MONTEIRO, 2006, p. 6104-6108).

O processo decisório deverá filtrar as interpretações possíveis de serem feitas em determinado comando normativo para que subsista tão somente a interpretação que melhor se adequa aos ditames constitucionais. O Magistrado, ao decidir, impõe coativamente às partes a forma de resolução da lide a si posta. Para tanto, o juiz não se limita à aplicação das leis, mas, partindo das informações trazidas pelas partes nos autos, reconstrói os fatos e os pondera, avalia o conjunto probatório, bem como as consequências da decisão, e chega à conclusão por intuição intelectualiva (AGUIAR, 1989, p. 7-20).

A decisão é o momento em que o Magistrado, sobrepondo-se à vontade das partes, aprecia as pretensões formuladas. A decisão é um ato jurisdicional que visa a solução de um conflito jurídico de interesses (BELLINETTI, 1994, p. 85). A consistência adequada do processo decisório é essencial para que a decisão seja considerada legítima dentro do sistema jurídico erigido pelo direito positivado. Todas as dimensões do sistema jurídico precisam ser observadas, representando verdadeiro acréscimo de complexidade, podendo-se considerar, dentre tais dimensões, a variação do direito no tempo, a expansão dos temas sujeitos a decisão judicial e a geração de predisposição antecipada à observância das decisões (CAMPILONGO, 2002, p. 21-22).

Nesse sentido, tem-se que o raciocínio para a tomada de decisão tem como ponto nodal a realização de escolhas. As escolhas, por sua vez, pressupõem um comando normativo como um postulado previamente estabelecido, porém sem ao mesmo tempo extirpar as diretivas axiomáticas, oriundas tanto de regras quanto de concepções teóricas. A justificação das escolhas, por sua vez, nos permite avaliar a racionalidade das decisões (MONTEIRO, 2006, p. 6108-6109).

A legislação é repleta de normas de textura aberta, com cláusulas gerais e conceitos vagos. A discricionariedade judicial é algo que está presente no sistema, de forma que é função do magistrado preencher os conceitos vagos e delimitar situações no mundo empírico. Essas peculiaridades trazem grande complexidade à tarefa de julgar, de forma a aproximar a tarefa do julgador à do legislador, eis que são comuns

situações em que o juiz não apenas descobre o direito aplicável a determinado caso concreto, mas sim, verdadeiramente, cria direito (WAMBIER, 2014, p. 95).

A obrigatoriedade da prestação da tutela jurisdicional faz com que a existência das normas de textura aberta seja necessária ao sistema jurídico, pois a legislação não é suficiente para acobertar a riqueza das relações sociais e culturais que são inerentes à vida em comunidade. Ainda que o conflito posto a resolução pelo juízo não se enquadre nos moldes tradicionais, o magistrado é obrigado a encontrar uma resposta apta a solucioná-lo (PADILHA, 2006, p. 88).

Quando se fala em tutela coletiva, no entanto, praticamente todo o conflito, envolverá uma solução que não será encontrada facilmente, pois o raciocínio jurídico necessário para se alcançar a solução não será uma mera dedução, resultado de um silogismo demonstrado formalmente e originado de premissas verdadeiras. Na solução para as lides que definem soluções para conflitos coletivos as escolhas feitas pelo julgador tomam maior importância, sendo essencial para definir o raciocínio prático formador da decisão (PADILHA, 2006, p. 88-89).

Chaim Perelman (1996, p. 487) afirma que o poder de apreciação do juiz, ao qual o magistrado inevitavelmente precisará recorrer nas hipóteses em que os termos da lei são vagos, desempenha um papel essencial quando se trata de evitar as consequências iníquas ou socialmente indesejáveis da lei em sua aplicação a determinados casos.

A aplicação de um texto legal de preferência a outro, a interpretação desses textos, o recurso a princípios gerais, a apreciação das consequências que resultariam da aplicação da lei, todos esses elementos serão normalmente desenvolvidos consoante as conclusões das partes. Assim é que, contrariamente ao que se passa num sistema dedutivo formal em que, estando aceitas as premissas, as conclusões que delas se tiram se impõem e não podem ser descartadas, em direito algumas teorias que levam essencialmente em conta consequências sociais da aplicação de textos legais podem vir a limitar o alcance destes (PERELMAN, 1996, p. 489).

O respeito à letra da lei e aos precedentes judiciais deve combinar com o pragmatismo e com a apreciação das consequências da aplicação da lei na formação do raciocínio jurídico. As relações dialéticas entre as regras gerais e os casos particulares conduzem a conclusões de ordem prática com o escopo de justificar decisões, escolhas e pretensões para estabelecer a ordem racional da decisão (PERELMAN, 1996, p. 490).

Ricardo Luis Lorenzetti (2010, p. 157) propõe uma ordem sucessiva no raciocínio jurídico, sendo que para o autor, primeiramente aplica-se a dedução das regras válidas; após, o resultado da dedução das regras deverá ser controlado conforme os precedentes, o resto do sistema legal e as consequências; se ainda restarem problemas, identifica-se um caso difícil, quando então deve-se aplicar uma solução baseada em princípios; e, por último, se houver paradigmas que definam a solução, serão explicados e harmonizados.

A percepção clara das razões que justificam a decisão judicial é a maneira de conferir certa estabilidade às decisões, de forma a trazer previsibilidade ao sistema pois numa sociedade em que se pretenda o cumprimento da lei, os cidadãos devem compreender claramente as razões da decisão judicial. A discricionariedade do magistrado, desta feita, é considerada uma zona de possibilidades entre alternativas legítimas e que deve ser exercida de forma razoável (LORENZETTI, 2010, p. 157).

Ao mesmo tempo em que não se defende a pura discricionariedade no campo decisório, igualmente não é possível defender que a mera dedução legal seja suficiente e desconsiderar os aspectos pragmáticos que envolvem o processo de formação da decisão judicial.

A insuficiência da mera dedução legal acentua-se quando se tem em foco decisões judiciais que envolvam bens coletivos, em que a eficácia do processo judicial, e do comando decisório recebe especial relevo. A decisão judicial sem a devida contemplação da situação continuada que envolve, causa ainda mais perplexidade e desconfiança no sistema judicial.

Quando o indivíduo busca o amparo jurisdicional, ele está abrindo mão de uma parcela da sua autonomia para, em retribuição, ter a segurança proporcionada pelo Estado de Direito.

Para que se tenha uma resposta judicial compatível e justa, além da necessária regularidade procedimental<sup>8</sup>, restando materializada através de todas as garantias processuais asseguradas constitucionalmente, é preciso que o conteúdo das decisões judiciais seja adequado. Naturalmente não existe um resultado considerado justo e

---

<sup>8</sup> John Rawls (2005, p. 84-86) em sentido diverso defende que a divisão das riquezas socialmente produzidas exige apenas o respeito a uma justiça procedimental pura e que, respeitando-se um procedimento prévio, correto e justo, seria possível alcançar um resultado, do mesmo modo, correto e justo, seja qual for. Para ele, a justiça ou correção da decisão, se dá através do respeito ao procedimento apropriado, independente da solução materialmente alcançada.

que seja aceito previamente por todos os indivíduos, uma vez que cada um tem ideologias diversas. A decisão judicial, desta feita, precisará adaptar-se à realidade social em que está inserida, sob pena de absoluta ineficácia.

Meramente dizer o direito sem que haja efetividade – além de trazer descrédito aos indivíduos quanto ao sistema socialmente formado com o escopo de fazer com que o esforço conjunto de todos maximize a possibilidade de fruição de benefícios a todos os seus membros – torna a atividade judicial inócua.

O Judiciário, inicialmente concebido como uma estrutura rigidamente hierarquizada e orientada por uma lógica legal-racional, passa por mudanças através da afirmação da independência judicial, do desenvolvimento de formas de controle difuso de constitucionalidade e a incorporação de novas referências normativas e cognitivas pelos magistrados (CAMPILONGO, 2002, p. 29-30).

Celso Fernandes Campilongo (2002, p. 30) assim se coloca sobre o assunto:

As referências à normatividade e ao formalismo do processo decisório judicial passam a ser combinadas com uma abertura cognitiva a uma racionalidade material que, crescentemente, permite a coligação entre o sistema jurídico e os demais sistemas.

Há, portanto, uma mudança de perfil da decisão judicial que passa inclusive a ocupar papel cada vez mais central no sistema jurídico, ocasionando uma perplexidade no sistema de divisão de poderes<sup>9</sup> da maneira tradicionalmente preconizada por Montesquieu<sup>10</sup>. A estrutura do Estado de Direito contemporâneo não se adequa à ideia da rigidez da divisão de atribuições entre os Poderes, uma vez que não tem como conviver com uma completa proibição de interferência judicial nos atos dos outros poderes.

Portanto, o processo de formação da decisão judicial, no atual contexto, deve buscar equilibrar-se para não assumir tão somente aspectos protecionistas aos paradigmas de acesso, com total privilégio ao direito material, e descuidando-se do aspecto procedimental e formal – o qual também é fator de legitimidade das decisões.

---

<sup>9</sup> O assunto será abordado com maior aprofundamento no capítulo 3.

<sup>10</sup> Sobre a temática é válido destacar: “No que tange a separação de poderes, tem-se que tal princípio é um dos sustentáculos da estrutura e organização política estatal, tal sorte que a manutenção de um governo democrático e moderado, por vezes, dependerá das suas firmes bases de implementação. Ocorre que tal princípio não é estanque e muito menos goza de rigidez absoluta. A própria Constituição prevê, por exemplo, o sistema de controle de constitucionalidade que nada mais é que a interferência direta do Poder Judiciário nas atribuições do Poder Legislativo” (BELLINETTI; JAURIS, 2017, p. 72).

Ao mesmo tempo que não se pode tolerar a mera repetição de textos legais por parte do magistrado, também não é digna de tolerância a arbitrariedade e os decisionismos. A busca da efetividade não pode descurar da racionalidade, a qual também deverá ser guia no processo decisório.

Aquilo que ocorre no mundo dos fatos após a existência da decisão que resolve o mérito da demanda, é um dos aspectos de grande relevo para a efetividade. E, quando se trata de demandas que tenham por objeto bens jurídicos coletivos, a importância do estudo de tal aspecto é ainda maior. Isso porque, diante das peculiaridades dos interesses coletivos, o processo, regra geral, não se encerra com a sentença de mérito, pois uma medida imediata, por si, não é capaz de resolver a situação. As decisões incapazes de produzir efeitos práticos concretos são nefastas ao sistema jurídico, ao passo que geram insegurança e deterioram a imagem e a confiança depositada no direito.

Para que a efetividade seja alcançada é preciso que se supere a situação em que direitos sejam meramente declarados, sem quaisquer efeitos práticos concretos. É preciso que o julgador esteja apto a, diante de situações em que as técnicas tradicionais e lineares do processo civil sejam insuficientes, proferir decisões muitas vezes atípicas, programadas, capazes de extrair as consequências da implementação e de se adaptarem ao contexto social e cultural em que estão inseridas.

Os mecanismos processuais utilizados para conferir efetividade ao comando decisório, orientados para o futuro, que buscam a solução adequada para o problema como um todo, sem meios executivos pré-definidos e voltados para a realização do bem jurídico contido no comando, é o que se denomina de medidas estruturantes. A busca pela efetividade da decisão é o que guia a disciplina das medidas estruturantes, de forma a evitar que a decisão se converta em um problema, quiçá até maior, do que aquele que se buscou solucionar com o processo, e é consentânea com a visão do exercício da atividade jurisdicional e do processo como instrumentos destinados a converter um direito, puramente reconhecido em norma, em um direito efetivamente protegido.



## 2 AS MEDIDAS ESTRUTURANTES E O ENQUADRAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

As medidas estruturantes da decisão judicial são técnicas para a construção do comando decisório que, com o escopo de conferir efetividade, impõem respostas difusas ao litígio, de forma gradativa e orientada para o futuro, como forma de resolução do problema como um todo, evitando que a resposta dada ao litígio, por si, converta-se em um problema.

Com a utilização das medidas estruturantes, busca-se que a resposta jurídica dada à lide não seja inexecutável, que a concretização não traga mais transtornos que a própria negativa do direito, ou que a decisão não se converta em nada mais do que palavras ante a ineficácia social intrínseca.

Nesse contexto, importante aferir a aptidão do direito processual brasileiro para a aplicação das medidas estruturantes. Para tanto, deve-se analisar as nuances históricas e conceituais das medidas estruturantes, a adaptação do instrumento ao eixo teórico e normativo vigente, bem como o formato que as decisões estruturais deverão assumir e os tipos de decisões em que são aplicáveis. Também será objeto deste capítulo a compatibilidade das medidas estruturantes com os princípios que regem o processo, tais como o princípio do acesso à justiça, da demanda e da correlação, dentre outros aspectos pertinentes a adequação do direito brasileiro ao instituto.

### 2.1 CONCEPÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES

As medidas estruturantes<sup>11</sup>, também denominadas de decisões estruturais<sup>12</sup> ou *structural injunctions*<sup>13</sup>, são diretivas para a concretização de um determinado direito adjudicado, através de uma decisão judicial. Consistem no resultado da atividade do Judiciário de solução de conflitos, que ao adjudicar o direito, o faz de maneira programada, gradual e prolongada no tempo, visando conferir efetividade e, ao

---

<sup>11</sup> Designação empregada por Marco Felix Jobim (2013).

<sup>12</sup> Terminologia empregada por Sérgio Cruz Arenhart (2013).

<sup>13</sup> Denominação utilizada por Owen Fiss (1979) na tradução (FISS, 2017, p. 83) “reforma estrutural”.

mesmo tempo, neutralizar os impactos econômicos, culturais e sociais que porventura a decisão dê ensejo.

Ao delinear os contornos das decisões estruturais, Sérgio Cruz Arenhart (2013, p.389-410) afirma que tais decisões se orientam

[...] para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado. As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros podem ser afetados pela decisão judicial.

Acerca da conceituação das decisões estruturais, afirma Owen Fiss (2017, p. 25):

A adjudicação<sup>14</sup> é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos. A chamada reforma estrutural – o assunto desse artigo – é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações. A reforma estrutural reconhece o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimentos tradicionais para a nova realidade social.

Nota-se, portanto, que as medidas estruturantes têm a sua utilização indicada para as hipóteses em que, na fixação do comando decisório, as respostas diretas e imediatas não sejam adequadas à resolução do conflito. Tal técnica de fixação do comando decisório tem espaço em conflitos que demandem respostas difusas, com imposição gradativa e orientada para o futuro, como forma de resolução do conflito como um todo e buscando evitar que a decisão do caso concreto se torne um problema, às vezes até mais abrangente que o litígio em si (BELLINETTI; JAURIS, 2017, p. 70).

A aplicação das medidas estruturantes poderá gerar, na maioria das vezes, mudanças institucionais complexas. Assim, na aplicação das medidas estruturantes deverá ser analisada a situação existente em dado momento, eis que tem a possibilidade de promover alterações concretas na realidade observada, e, para tanto,

---

<sup>14</sup> No sentido de atividade realizada pelo Poder Judiciário na solução de conflitos. A adjudicação, no emprego do vocábulo em língua inglesa, equivale a atribuir uma solução, dentre tantas possíveis, para a controvérsia (FISS, 2017, p. 25).

é imprescindível a análise do contexto social, político e econômico (CASTELO, 2017, p. 327).

Marco Félix Jobim (2013, p. 90-91) exemplifica o cabimento da aplicação das medidas estruturantes nas hipóteses em que a justiça ou não da decisão, ante o seu conteúdo material, no exercício da função contramajoritária atribuída muitas vezes ao Poder Judiciário, seja questionada socialmente, bem como em decisões que, por sua natureza, são irreversíveis e, por isso, precisam ser efetivadas.

Afirma Marco Felix Jobim (2013, p. 91):

Então, é de se concluir que, quando existe uma quebra de paradigma que aparentemente vem sendo, aos poucos, digerido pela sociedade, sendo ela uma boa decisão judicial, com alguma propriedade para se acreditar na sua justiça, o Poder Judiciário deverá ter condições de criar possibilidades para a sua máxima efetividade. Já em contrapartida, quando a decisão quebra um paradigma de uma hora para outra, sem tempo para que a sociedade consiga raciocinar sobre o que ocorreu, tendo sido uma decisão na qual se questiona um mínimo de critério de justiça e se realmente existiu um bom critério de julgamento no caso, é de se concluir que o próprio Poder Judiciário poderá, no mais das vezes, voltar no seu posicionamento, fazendo com que a realidade passada seja a presente, ou manter a decisão, sendo que ela somente será efetiva quando trouxer condições de possibilidade para, no plano material, isso ocorrer.

Contudo, essas duas conclusões não são capazes de impedir que se tenha uma terceira: há casos em que não importa o rompimento do paradigma cultural, tampouco se questiona ser justa ou boa a decisão judicial, como no caso das eleições para Presidente dos Estados Unidos em 2000, entre George W. Bush e Al Gore, que restou decidida na Suprema Corte, o Poder Judiciário terá que manter a decisão pelo fato de que é nela que reside a nova ordem jurídica da sociedade, aliado ao fato de que já consumado um *status* no qual não se pode mais voltar no tempo e, em qualquer dos casos acima pensados, uma das formas da decisão judicial ser efetivada é por meio das medidas estruturantes.

A preocupação em garantir o atendimento das decisões judiciais, sobretudo aquelas que não se restringem a condenações em pagamento, é algo que ocorre no direito norte-americano há décadas, no entanto, inegavelmente se intensificou com o surgimento de demandas que visavam afastar a violação a direitos constitucionalmente garantidos (BAUERMANN, 2012, p. 53).

Desirê Bauermann (2012, p. 53-54) aponta que a intensificação da preocupação relativa a criação de mecanismos para o atendimento das deliberações judiciais como forma de garantir a dignidade da justiça e o respeito ao Poder Judiciário ocorreu com o julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, *leading case* que é considerado marco das ações estruturais. O julgamento desse *leading case* teve grande repercussão no direito, eis que alterou paradigmas quanto à forma

de julgar dos tribunais americanos; quanto à sociedade americana como um todo; e quanto à aplicação de meios executórios inovadores, dirigidos para os governantes e para a população (BAUERMANN, 2012, p. 54).

O caso *Brown v. Board of Education of Topeka* tratou do sistema de segregação racial conhecido como *separate but equal* o qual, na época da decisão, estava vigente há aproximadamente dois séculos. Para melhor compreensão da temática, faz-se preciso um breve histórico quanto aos casos envolvendo questões raciais enfrentados pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Existem ao menos três casos emblemáticos e de grande repercussão que envolvem a questão racial nos Estados Unidos quando os negros defenderam direitos que acreditavam possuir e que constituíram, ao menos em parte, a base da mudança histórica do papel do negro na sociedade americana: *Dred Scott v. Sandford*; *Plessy v. Ferguson*; e o já citado *Brown v. Board of Education of Topeka* (JOBIM, 2013, p. 66).

Em pleno século XIX a escravidão nos Estados Unidos, tal qual no Brasil, era questão em voga na seara política e econômica. Em 1820 foi editada e promulgada, pelo Congresso Nacional americano, a lei denominada *Missouri Compromise*, a qual proibia a escravidão em novos territórios existentes acima de determinada latitude nos Estados Unidos (MORO, 2004, p. 25-26).

Com base na lei *Missouri Compromise*, em 1853, *Dred Scott* ajuizou uma ação contra o seu proprietário na Corte Federal, aduzindo que havia adquirido a liberdade, pois teria trabalhado em território no qual a escravidão havia sido abolida pela lei, a despeito de já ter retornado para o estado do Missouri, onde a escravidão ainda era permitida (MORO, 2004, p. 26).

*Dred Scott* e sua família, inicialmente foram vitoriosos na primeira instância, na Corte de Missouri, decisão esta que foi cassada pela Corte Estadual, motivo que ensejou o acesso à Corte Federal. Na decisão, a Suprema Corte americana não apenas negou o direito à liberdade a *Dred Scott*, mas ainda negou a condição de cidadãos aos negros norte-americanos (JOBIM, 2013, p. 70).

A decisão, considerada “talvez a pior de todos os tempos da jurisdição constitucional” (MORO, 2004, p. 25), obviamente não pode ser analisada despida do contexto histórico que a revestia, no qual a escravidão era aceita e considerada um dos fatores de produção. Fato é que, logo após o julgamento do caso, eclodiu a Guerra

Civil estadunidense (1861-1865) entre o Sul e o Norte, com a vitória dos estados do Norte e a abolição da escravidão (JOBIM, 2013, p. 72).

Com a finalidade de afastar quaisquer resíduos de possibilidades de retorno ao regime escravagista e para a proteção dos cidadãos americanos negros, foi editada a Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana a qual, juntamente com a Décima Terceira e Décima Quinta Emendas, desde 1868, passou a garantir que todos os nascidos ou naturalizados americanos possuem direitos iguais (BAUERMANN, 2012, p. 54).

A despeito da proteção constitucional vigente, no entanto, prevalecia a doutrina do *separate but equal*, a qual defendia que o impedimento a negros de frequentarem determinados lugares que seriam de acesso exclusivo aos brancos, não configuraria ofensa ao direito de igualdade, desde que disponibilizados os mesmos serviços e de qualidade equivalente, a todos (BAUERMANN, 2012, p. 54).

Ocorre que em razão da prevalência da doutrina do *separate but equal*, permanecia a segregação nos serviços públicos e, desta forma, havia vagões de trem destinados apenas a pessoas brancas. Em 1892, Homer Plessy resolveu agir ao alvedrio e ingressou num daqueles vagões apartados. Constatado que havia um negro no vagão destinado a brancos, este foi instado a retirar-se e, ao se negar, foi preso. Este fato desencadeou uma série de eventos e o caso chegou a julgamento pela Suprema Corte norte-americana (JOBIM, 2013, p. 74).

Na oportunidade, a Suprema Corte estadunidense reconheceu como constitucional a lei que tinha como slogan *separate but equal*. A situação durou aproximadamente 58 anos e não ficou adstrita somente às ferrovias. O precedente foi utilizado para questões semelhantes como o acesso ao sistema de ensino, os espaços em restaurantes, banheiros, dentre outros. Até mesmo quanto aos julgamentos nos tribunais havia segregação, uma vez que os júris eram formados exclusivamente por pessoas brancas, assim os negros nunca eram julgados por seus iguais, mas sim por parcela da população que ainda acreditava que a raça lhes conferia inferioridades e diferenças (BAUERMANN, 2012, p. 55).

Ocorre que, com o passar dos anos, a própria comunidade passou a sinalizar desconforto com o efetivo não cumprimento das normas e valores constitucionais em decorrência da segregação. A participação dos negros na formação do exército americano durante a Segunda Guerra Mundial, o aumento da urbanização e industrialização, a melhoria dos níveis educacionais, o aumento do número de negros

votantes e a ideologia democrática vivida no pós-guerra contribuíram, em maior ou menor escala, para que se desenvolvesse o gérmen das ideias que defendiam a inadequação da segregação racial legalmente imposta (BAUERMANN, 2012, p. 56).

Em 1909, a busca por uma sociedade integrada e sem separações ganhou forças com a organização da Associação Nacional de Defesa de Pessoas Negras (*National Association for the Advancement of Colored People – NAACP*). Inicialmente a NAACP visava eliminar os linchamentos a negros e obter julgamentos justos para seus pares. Ocorre que no início de 1950 a NAACP passou a adotar novas estratégias para alterar o cenário das desigualdades raciais provenientes da aplicação do *separate but equal*. Para tanto, primeiramente forçou a admissão de estudantes negros nas universidades, uma vez que a implementação do *separate but equal*, nesse campo, seria difícil diante da amplitude dos investimentos que exigiria. O segundo passo da NAACP foi buscar o fim da segregação nas escolas primárias (BAUERMANN, 2012, p. 56-57).

Com o mister de proibir que as escolas aceitassem as matrículas de algumas crianças e negassem a de outras com fundamento exclusivo na cor da pele, a NAACP ajuizou cinco diferentes ações buscando obter decisão judicial que reformasse as instituições e impedisse a segregação. Uma dessas ações, cuja decisão tornou-se paradigmática, foi o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* que impedia a formação de escolas frequentadas somente por brancos e outras somente por negros com base na sistemática do *separate but equal*, a qual vigia desde a decisão no caso *Plessy v. Ferguson* (BAUERMANN, 2012, p. 58-59).

A decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education of Topeka* é considerada paradigmática, pois foi o marco do fim da doutrina do *separate but equal* ao reconhecer aos negros o direito de frequentarem as mesmas escolas que os brancos, alterando a interpretação dada à Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (JOBIM, 2013, p. 76-77).

Ocorre que *Brown v. Board of Education of Topeka*, mais que um marco na luta pela igualdade racial nos Estados Unidos da América, configurou um caso inspirador para a doutrina das medidas estruturantes, propiciando um verdadeiro avanço em busca da efetividade. A Corte não se restringiu ao reconhecimento do direito dos negros de ingressarem nas escolas reservadas aos brancos, mas, sobretudo determinou uma aplicação em larga escala de uma política pública de dessegregação

ao incluir também alunos e escolas que não estavam envolvidos diretamente no caso (MORO, 2004, p. 40).

É importante observar que ao Poder Judiciário, no exercício do seu mister, por vezes é necessário que o faça de forma contramajoritária. E, considerada a função contramajoritária, deve-se ter em mente que o exercício da jurisdição não poderá sempre acompanhar os anseios sociais, sob pena de tornar-se refém da vontade majoritária e, por outro lado, também não poderá fazê-lo de forma alheia à realidade e sem respeitar o momento histórico, social e cultural no qual é proferida a decisão.

De outro lado, é preciso alcançar um equilíbrio entre os avanços jurisprudenciais imprescindíveis e a estabilidade jurídica, em face do reconhecimento de situações injustas, através da atribuição de interpretações diferentes ao mesmo texto legal. A autoridade judicial, por sua vez, não deverá declarar a inconstitucionalidade de uma determinada interpretação, unicamente em razão das suas convicções pessoais<sup>15</sup> (BAUERMANN, 2012, p. 60-61).

Para que ocorresse a superação do precedente firmado em 1896, *Plessy v. Ferguson*, a Corte de Warren<sup>16</sup> serviu-se de estudos psicológicos que afirmaram que a doutrina do *separate but equal* não tinha sustentação em matéria educacional, uma vez que a simples segregação já era suficiente para comprometer o desenvolvimento educacional do segregado (MORO, 2004, p. 40). O diálogo institucional e a ampliação da cognição judicial, muito mais do que formar a convicção pessoal dos magistrados, visa gerar decisões fundadas na racionalidade e que sejam factíveis e efetivas.

Mesmo diante de toda a fundamentação interdisciplinar e baseada em ampla cognição, na decisão proferida em 1954 a Corte não estabeleceu a forma de implementação do julgado, o que somente veio a ocorrer aproximadamente um ano depois, quando a Corte determinou o cumprimento pelas autoridades escolares, sob

---

<sup>15</sup> No direito americano há intensa preocupação com a segurança jurídica e com a estabilidade dos precedentes e, em razão disso, noticia Desirê Bauermann (2012, p. 58-60), alguns ministros resistiram ao fim da constitucionalidade da segregação racial mesmo diante das convicções pessoais quanto a injustiça da política de segregação, eis que legalmente entendiam que o precedente deveria prevalecer. A reviravolta de significados sem alteração legislativa, mas apenas com base na interpretação não é bem aceita no direito americano por ser entendida como uma forma inconcebível de adequação a casuísmos.

<sup>16</sup> Earl Warren foi indicado presidente da Suprema Corte norte-americana em 1953 pelo Presidente Eisenhower, e nela atuou até 1969. A Corte de Warren é considerada a mais criativa da história da Suprema Corte norte-americana, propiciando verdadeira revolução constitucional nos Estados Unidos, caracterizando-se por ser uma Corte ativista e que buscou significativa mudança social.

a supervisão das instâncias federais inferiores, e ainda assim desafiou reação maciça, principalmente por parte dos estados sulistas (MORO, 2004, p. 40-41).

Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 389-410) afirma que a Suprema Corte norte-americana em razão da resistência de muitos estados em atender ao comando da primeira decisão, em um segundo momento, decidiu que a implementação da ordem de não-segregação de crianças negras em escolas deveria ocorrer sob a supervisão das cortes locais e de forma progressiva mediante a adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação. Nesse sentido deveriam as cortes locais considerar as dificuldades em satisfazer de forma imediata o direito postulado e a diversidade dos problemas enfrentados pelas escolas, ao mesmo tempo em que possibilitou a criação de planos adequados às peculiaridades de cada lugar, com execução que se protrairia no tempo, e acompanhada pelo Poder Judiciário local, voltados à eliminação de toda forma de discriminação nas escolas.

De acordo com Owen Fiss (2017, p. 27):

Após receberem da Suprema Corte seus mandatos para agirem, os juízes federais de instâncias mais baixas descobriram o que a tarefa exigia e ajustaram as formas de procedimento tradicionais para atender às necessidades existentes. A legitimidade foi igualada à necessidade e, nesse sentido, o procedimento tornou-se dependente da substância. Um compromisso primordial com a igualdade racial motivou a inovação procedimental, constituindo a justificativa para os distanciamentos da tradição.

A despeito da existência dos planos locais para que houvesse a maior adesão possível dentro da realidade fática, as decisões não foram suficientes para acabar com a segregação racial nos Estados Unidos. No entanto, a técnica utilizada nesse julgamento forneceu o sustentáculo para a doutrina das medidas estruturantes e, partir de então, vários provimentos estruturais têm sido usados pelos tribunais norte-americanos (ARENHART, 2013, p. 389-410).

Nesse sentido, afirma Sérgio Fernando Moro (2004, p. 42) que o julgado proferido em *Brown v. Board of Education of Topeka* inaugurou um novo modelo de decisão judicial:

A decisão da Corte envolveu: a) a proteção de grupo social e politicamente vulnerável, evocando a referida nota 4 de Carolene<sup>17</sup>; b) a interpretação

---

<sup>17</sup> Trata-se da nota de rodapé de *United States v. Carolene Products Co.* a qual é reconhecida por fornecer as bases para o ativismo judicial eis que afirmava a supremacia do legislativo e definia o papel das cortes, mesmo em questões constitucionais: o Judiciário deveria se submeter ao Legislativo, salvo



evolutiva da Constituição, colocando em dificuldades doutrinas como o “originalismo”, então com algum prestígio nos Estados Unidos e segundo a qual a interpretação da Constituição deve ser orientada pela intenção de seus autores; c) a utilização de recursos fornecidos por ciências não-jurídicas, conforme estudos psicológicos mencionados na decisão; d) a ordenação de postura ativa por parte do Estado para o cumprimento da Constituição.

As lições aprendidas com a busca pela eliminação do sistema dual de escolas foram transferidas para outros contextos (são exemplos a proteção das pessoas e seus lares dos abusos da polícia; a concretização do ideal de tratamento humano nos presídios e hospícios; o devido processo legal na administração do bem-estar social e o equilíbrio dos gastos nos sistemas educacionais do Estado). Dessa forma, tornou-se uma ocasião vital para as inovações procedimentais que transcendessem a questão material, contribuindo para o nascimento das medidas estruturantes (FISS, 2017, p. 27).

As medidas estruturantes, ao se preocuparem com a realidade existente no momento em que a decisão é proferida, privilegia a visão do julgado, acima de tudo, como um instrumento para a efetividade:

Daí se percebe que a garantia da efetividade do provimento é uma das maiores, senão a maior, preocupação dessas decisões, que buscam privilegiar a solução mais ampla, que alcance resultados que possam beneficiar toda a coletividade, atendendo as suas necessidades (CASTELO, 2017, p. 327).

As decisões proferidas de forma estrutural caracterizam-se por ser mais maleáveis, com a efetivação muitas vezes gradual, progressiva e dialogada. Baseiam-se na noção de que a vida social é afetada de forma significativa por decisões que promovam mudanças, especialmente quando tais mudanças envolvem valores constitucionais. Para que os valores constitucionais sejam assegurados, torna-se necessário, nesse sentido, uma alteração prévia nos próprios arranjos institucionais existentes.

Edilson Vitorelli (2017, p. 371) ao apresentar o conceito de litígio estrutural, informa que este envolve a superposição de algumas características, quais sejam: o fato de ter como objeto um conflito de elevada complexidade, que envolve múltiplos polos de interesses os quais se apresentam em oposições e alianças parciais; por implicar na implementação, pela via jurisdicional, de valores públicos reputados

---

se houvesse alguma razão para considerar o processo de legislatura inadequado, o que ficou conhecido por teoria da falha legislativa (FISS, 2017, p. 29).

juridicamente relevantes, mas que não foram bem-sucedidos espontaneamente na sociedade; e, por envolver a necessidade de reforma de uma instituição, pública ou privada, para permitir o valor público visado.

Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 355), em sentido semelhante, conceituam:

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

Nota-se, portanto, que é cariz às medidas estruturantes ter como gérmen a solução de uma lide multifacetada e que envolva a multiplicidade de interesses, saindo da formatação bipolarizada do litígio tradicional, para uma lógica em que há multiplicidade de sujeitos e formação de diversos núcleos de posições e opiniões, pontos de vista concorrentes ou divergentes (ARENHART, 2017, p. 425-426).

Em razão das características já enumeradas pertinentes às medidas estruturantes, nota-se que há uma inadequação da estrutura processual tradicionalmente prevista para lidar com o processo estrutural. As raízes liberais que marcam a estrutura do processo traçam como linhas para o magistrado a atuação unicamente nos estritos termos da legislação. Porém, a realidade econômica e social gera o surgimento de questões mais complexas e, conseqüentemente, a necessidade de adequação no plano processual e alteração dos parâmetros tradicionais. Maior maleabilidade ao magistrado para a decisão de casos complexos se torna necessária para que se alcance a efetividade.

## **2.2 MEDIDAS ESTRUTURANTES E MITIGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DEMANDA E DA CORRELAÇÃO**

De acordo com o princípio da demanda, também conhecido como princípio da adstrição, é o autor quem decide contra quem litigará, o que pedirá contra o seu adversário e ainda com fundamento em qual causa de pedir, deduzirá a pretensão. Do princípio da correlação ou da congruência, a seu turno, como uma consequência do princípio da demanda, infere-se que ao magistrado é defeso proferir sentença *ultra*,

*extra* ou *citra petita*, ou seja, dar ao autor mais do que ele pediu, algo diverso do que ele pediu, ou eximir-se de julgar o pedido ou algum dos pedidos (BENEDUZI, 2016, p. 292-293).

O Código de Processo Civil traz a previsão dos princípios da demanda e da correlação nos artigos 141 e 492 e a consequência para o desrespeito a tais princípios é a nulidade da sentença que concede mais ou diferente daquilo que foi pedido, que está fundada em causa de pedir não narrada pelo autor, que atinge terceiros que não participaram do processo, ou que não julga a demanda relativamente a certos demandantes (NEVES, 2016, p. 762-763).

Ocorre que a despeito dos princípios da adstrição e da congruência terem seu fundamento nas garantias do contraditório e da ampla defesa, comportam exceções, tais como nos pedidos implícitos quando ao juiz é dado conceder aquilo que não está expressamente pedido pelo autor; nos casos em que se aplica a fungibilidade, tais como nas ações possessórias e cautelares em que se permite ao magistrado conceder tutela diversa daquela requerida; e, nas demandas que tenham como objeto uma obrigação de fazer e/ou não fazer, desde que a tutela gere um resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação (NEVES, 2016, p. 764).

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni (2006, p.249) ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, já afirmava que para a efetiva tutela dos direitos era necessário dar mais poderes ao juiz, espelhado na quebra do princípio da tipicidade das formas executivas e na concentração da execução no processo de conhecimento, ante a superação da ideia de absoluta congruência entre o pedido e a sentença.

Os litígios estruturais são caracterizados pela multiplicidade de interesses que se inter-relacionam sobre o objeto do litígio e indicam, sobretudo, intervenção judicial voltada para alcançar metas de natureza continuada e que possam ser continuamente revistas. Portanto, a causa de pedir não é completamente delineada eis que baseada, muitas vezes, numa prospectiva do porvir.

Afirma Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 389-410) que nas ações estruturais as necessidades de proteção são mutáveis, e o que é suficiente e compatível em um determinado momento, muito frequentemente, poderá não ser em outra ocasião. Diante de tal característica, é muito difícil que o autor da demanda possa, já ao redigir a petição inicial, ter a exata dimensão daquilo que no futuro será necessário para atender, de forma adequada, o direito protegido e, ainda que o autor consiga antecipar

completamente as necessidades de proteção do direito tutelado. Aferir que estas medidas foram suficientes somente será possível ao final do processo. Desta feita, a atenuação do princípio da demanda é imprescindível para o estabelecimento das medidas estruturantes.

Owen Fiss (2017, p. 41) destaca que o modelo estrutural envolve o distanciamento de um modelo ideal, de um protótipo ou ação judicial “modelo”, de uma forma ideal com qual todas as ações judiciais serão comparadas, pois o modelo existe como parte de uma tríade individualista. E, para o modelo individualista, uma ação judicial é visualizada como um conflito entre dois indivíduos, autor e réu, e um terceiro, imparcial, e sob esse prisma a ação estrutural representa uma transformação formal.

A lógica processual inerente às ações estruturantes, portanto, não se coaduna a uma interpretação restrita do princípio da congruência e da adstrição:

A decisão estrutural que se quer impor por meio da atenuação do princípio da demanda supera o formalismo processual, dado seu caráter instrumental. Têm elas como objetivo maior, ao ir de encontro com a conhecida burocracia estatal, não apenas eliminar as mais variadas violações a direitos mas também efetivar valores tão caros e fundamentais à sociedade, que normalmente são negligenciados pelo poder público. Essas decisões judiciais querem reestruturar determinadas entidades estatais para convertê-las de acordo com a Constituição.

E é exatamente nessa órbita de ideias que deverá o operador do direito transitar, isto é, a de que o processo civil somente produzirá legítimas decisões se estiver de acordo não apenas com o direito infraconstitucional mas também e, principalmente, com os valores e direitos fundamentais incorporados pela Constituição Federal (PINTO, 2017, p. 386).

Não é incomum que de uma decisão principal, numa ação estrutural, surjam e se sucedam outras decisões. As decisões sucessivas, por sua vez, somente podem ser tomadas dependendo do resultado do cumprimento das decisões anteriores. Não há como visualizar, portanto, que as medidas estruturantes se submetam rigidamente aos princípios da demanda e da correlação ante a fluidez, mutabilidade e complexidade dos litígios que as envolvem<sup>18</sup>. O direito a obtenção da solução de

---

<sup>18</sup> Sobre a especificidade do processo estrutural é importante a posição de Marco Félix Jobim (2017, p. 459) que defende a existência de uma teoria do processo ou litígio estrutural: “Acredito que, nesse momento ainda de reflexão, tendo a responder que não, ou seja, o processo estrutural, em que pese poder se utilizar dos institutos inerentes aos processos coletivos em geral e ao processo civil, deve, até em razão de se apresentar como algo ainda muito novo em solo brasileiro, ter uma base teórica própria, que possa responder aquela pergunta inicialmente feita e que causa extrema angústia àqueles que se dedicam a pensar sobre o tempo, assim como outras, como: o Poder Judiciário pode implementar técnicas sem agredir a teoria da tripartição dos poderes? Não é conceder demasiado poder aos juízes a possibilidade de expedir técnicas estruturantes? Talvez as respostas passem pela construção de uma teoria própria ao litígio estrutural”.

mérito das demandas não deve ser entendido apenas como o direito à solução do problema em abstrato, mas como direito a que o provimento jurisdicional seja apto a transformar realidade. Nas ações estruturais, o alcance das mudanças e até mesmo as mudanças que lhes são caras, são mutáveis, fluidas, incompatíveis com o princípio da demanda e da correlação rigidamente estabelecidos.

Para a adequação das medidas estruturantes no processo tradicional, portanto, é imprescindível que os princípios mencionados sejam apreciados de forma maleável, eis que apenas o bem da vida protegido é que pode ser delineado *prima facie*, sem que sejam descritos o provimento jurisdicional pretendido, todas as pessoas atingidas pela ordem e todos os fatos que envolvem a causa de pedir. Há mitigação aos princípios e tal mitigação é aceita pelo direito processual ante a primazia da efetividade.

### **2.3 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES – MOMENTO E TIPO DE DECISÃO**

O momento de aplicação ou uso das medidas estruturantes no processo judicial, ante o aspecto de utilidade na implementação e efetivação dos direitos reconhecidos, comumente se dá quando da prolação da sentença de mérito ou, até mesmo, em momento posterior, já na execução do julgado.

No exemplo paradigmático *Brown v. Board of Education of Topeka*, inicialmente foi reconhecido o direito das crianças negras a receberem educação igual à concedida às crianças brancas e de outras colorações e, como consectário, impediu a negativa de matrícula com fundamento exclusivo na cor da pele. Ocorre que a existência da decisão, por si, não teria o condão de alterar a realidade de fato: poderia continuar a existir tratamento diferenciado dentro do sistema, ainda que a matrícula não fosse negada; poderia ocorrer até mesmo, uma reação social, tal como uma fuga das crianças brancas do sistema público de ensino norte-americano e migração para o sistema particular. Existem forças limitativas à eficácia da decisão judicial, e transpor tais forças limitativas exige muita perspicácia e adaptabilidade da decisão judicial.

No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, aproximadamente um ano após o julgamento foi proferida nova decisão que ficou conhecida como *Brown v. Board of Education of Topeka II*, em que “restou determinado que os tribunais regionais dispõem de amplos poderes de *equity* para alcançar o desiderato de

afastar a segregação das escolas” (BAUERMANN, 2012, p. 64). Aqui a aplicação das medidas estruturantes se deu *a posteriori* e a execução se protraiu no tempo.

De outro lado, tem-se que a fase de execução em um modelo de resolução de controvérsias tradicional deveria ser apenas esporádica e a função jurisdicional deveria se exaurir quando a decisão fosse proferida.

No processo estrutural não é isso que se espera. O processo estrutural não tem fases bem delimitadas e a fase de execução “está muito longe de ser esporádica” (FISS, 2017, p. 51). A tarefa do magistrado nas ações estruturais consiste em eliminar a condição que ameaça os valores constitucionais, portanto, a execução envolverá uma relação longa e contínua entre o juiz e a instituição no que se refere à concessão e forma da medida e não apenas quanto à implementação de uma medida judicial já concedida (FISS, 2017, p. 51-52).

Afirmam Sabrina Santana Figueiredo Pinto Alberto e Tiago Gagliano Pinto Alberto (2014, p. 4) que o caráter condicionante das decisões estruturais reside na forma de execução ou no caráter normativo que porventura venham a possuir:

Os provimentos judiciais decisórios conhecidos como estruturais apresentam, pois, a característica de adjudicarem direitos, mas, ao mesmo tempo, programarem a execução do decidido. Independentemente de fiel observância ao quadrante normativo positivado, com frequência vão além, estabelecendo a forma da execução do decidido, ademais de normatizarem, por vezes, todo um setor ou segmento social.

A partir dessa perspectiva, tem-se que a matiz delimitadora da decisão em que deverão ser aplicadas as medidas estruturantes é o conteúdo da decisão e não a sua classificação formal ou fase processual em que é proferida. O que importa é que a decisão contenha aquilo que materialmente seja sentença<sup>19</sup> como ato que se projeta para fora do processo e gera efeitos no mundo jurídico (BELLINETTI, 1994, p. 99) não tendo grande importância a classificação formal da decisão.

---

<sup>19</sup> Quanto ao tema, explica Luiz Fernando Bellinetti (1994, p. 99): “Materialmente tem-se a sentença como ato que se projeta para fora do processo, gerando efeitos no mundo jurídico. Essa visão de sentença abrange uma área enorme, pois não se restringe ao âmbito estritamente jurídico. Vai além deste, necessitando também de um enfoque psicológico, político (aqui de certa maneira englobado o sociológico) e semiológico. Isto porque o jurídico não é uma categoria isolada. Ele faz parte do imaginário sobre o qual está construída a sociedade e somente pode ser visto com alguma coerência a partir de uma perspectiva global”.

Nesse sentido, nada obstará que mesmo em sede de tutela provisória, seja ela antecipação de tutela<sup>20</sup> antecedente ou incidental, ou até mesmo em sede de tutela de evidência, diante do caso concreto houvesse a aplicação de medidas estruturantes. Obviamente que diante da característica fluida e complexa dos direitos que são envolvidos nos litígios estruturantes, na sua grande maioria, e considerando os parâmetros definidos pela legislação brasileira para a concessão da antecipação de tutela<sup>21</sup> e da tutela de evidência<sup>22</sup>, a utilização das medidas estruturantes seria muito rara, o que não torna a natureza da decisão, em si, um óbice intransponível.

Com mais segurança ainda, ante o caráter definitivo que assume, pode-se afirmar que as medidas estruturantes são também aplicáveis nas hipóteses em que há o julgamento parcial do mérito<sup>23</sup>:

O julgamento parcial de mérito encerra uma decisão que conta com conteúdo de mérito, estrutura de sentença de mérito, mas que por razões de política legislativa é classificada e tratada pelo sistema recursal eleito pelo ordenamento jurídico como uma decisão interlocutória. Trata-se, portanto, de uma decisão que tem conteúdo, forma e efeito de mérito, com formação de coisa julgada independente do remanescente do mérito da demanda, porém disciplinada como decisão interlocutória (BELLINETTI; JAURIS, 2017b, p. 36).

A partir dessa perspectiva, tem-se que não há limitação quanto ao tipo de decisão que comportará o uso das medidas estruturantes, as quais, em razão da característica do processo estrutural, complexo e fluido, normalmente serão utilizadas em sentença ou em decisões durante a execução do julgado.

---

<sup>20</sup> A despeito do termo tutela antecipada ter se consagrado na lei e praxe forense, a antecipação que ocorre é dos efeitos práticos que seriam gerados com a concessão definitiva da tutela pretendida pelo autor, e não a tutela jurisdicional em si (NEVES, 2016, p. 439).

<sup>21</sup> Nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil seriam a probabilidade do direito, perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e a reversibilidade dos efeitos da decisão.

<sup>22</sup> Extrai-se da dicção do artigo 311 do Código de Processo Civil que são hipóteses para a concessão da tutela de evidência quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; ou, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

<sup>23</sup> O fracionamento do julgamento do mérito da demanda poderá ocorrer nas hipóteses em que há cumulação de pedidos autônomos ou pedido decomponível não controvertido, tendo sido inserido especificamente no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 356 do Código de Processo Civil de 2015.

## 2.4 TÉCNICAS OU FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Identificar quais as medidas que o magistrado poderá determinar para a implementação de um determinado julgado é uma tarefa árdua e que exige muita perspicácia e estudo das circunstâncias fáticas, sociais e culturais que envolvem o litígio, por todos os que estão envolvidos no processo, seja como partes ou como terceiros ativos.

Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 148-156) descreve algumas medidas judiciais de implementação que podem ser tomadas pelo magistrado para a garantia da eficácia das decisões em matéria ambiental. A despeito do autor restringir à matéria ambiental as técnicas elencadas, sói ocorrer que elas também são aptas a auxiliar na garantia de efetividade de decisões proferidas em outras áreas.

Uma das medidas de implementação apontadas são as sentenças exortativas, que contém uma declaração sobre a vigência de um valor ou princípio constitucional cuja implementação dependa do comportamento dos outros poderes. Trata-se do reconhecimento de um valor político, sem uma obrigação jurídica determinada (LORENZETTI, 2009, p. 148).

Nota-se que a primeira decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education of Topeka* constituiu uma sentença exortativa, conforme conceituação indicada por Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 148), ao passo que não estabeleceu obrigações determinadas, porém ao ditar a interpretação correta a ser dada à Décima Quarta Emenda à Constituição Americana, surge um óbice a que os demais poderes viessem a editar normas que aplicassem a doutrina *separate but equal*, até aquele momento juridicamente aceita e correta.

Outra estratégia apontada por Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 149) são os “mandados de não inovar ou de inovar<sup>24</sup>” que deverão ocorrer quando o juiz se encontrar diante de uma situação que deverá ser conservada, imobilizada, até que se resolva, pois, caso siga o curso normal, é previsível que se produzirá ou agravará o dano. Para que a situação não provoque situações injustas ou desvirtuamentos, poderão ser aplicadas medidas complementares de solução, como uma medida de urgência, cautelar ou antecipatória, ou através de uma determinação de inovar, através de uma obrigação de fazer (LORENZETTI, 2009, p. 150).

---

<sup>24</sup> Tradução livre. No original: “mandatos de no innovar y de inovar” (LORENZETTI, 2009, p. 149).



Nota-se que os mandados de não inovar ou de inovar são típicas medidas a serem determinadas por decisões interlocutórias, muitas vezes antes da execução, podendo ser no curso do processo de conhecimento ou até mesmo em sentença, como uma forma de tutela de urgência ou antecipatória.

Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 151) elenca ainda como medida de efetivação as ordens dirigidas à administração:

Nestes casos, o tribunal declara o direito, dita uma sentença e ordena outro poder estatal para implementá-lo, mas pode fazê-lo de acordo com um modelo orientado para os resultados ou para o procedimento. No primeiro, o próprio critério da administração é respeitado na definição de quais são os meios mais apropriados para aplicar no caso, enquanto no segundo o poder judicial avança e os define por si mesmo.<sup>25</sup>

O magistrado poderá, por este turno, determinar um resultado que a administração deverá alcançar ou, *prima facie* definir o procedimento a ser tomado para que a finalidade seja alcançada. Quanto à definição do procedimento, o autor chama a atenção para a necessidade de respeitar a divisão de funções, apontando um caminho para a implementação orientada aos procedimentos, a possibilidade de ordenar que a administração apresente projetos e planos de cumprimento à determinação judicial:

A fase de execução pode consistir em nomear uma pessoa responsável para levá-la adiante, que geralmente é uma seção da administração. Também pode designar órgãos independentes que revisem periodicamente o que foi feito do ponto de vista científico, econômico e social. O tribunal pode ordenar procedimentos através dos quais os diferentes atores apresentem suas objeções e sugestões à pessoa responsável pela execução de maneiras para resolução dos conflitos. Isso é complementado com informações públicas, concentradas e acessíveis para melhorar o controle dos cidadãos.<sup>26</sup> (LORENZETTI, 2009, p. 153)

---

<sup>25</sup> Tradução livre. No original: “En estos supuestos el tribunal declara el derecho, dicta una condena y ordena a otro poder del Estado la implementación, pero puede hacerlo según un modelo orientado a los resultados a los procedimientos. En el primero se respeta la discrecionalidad propia de la administración en la definición de cuáles son los medios más apropiados para aplicar en el caso, mientras que en el segundo el poder judicial avanza y los define por sí mismo” (LORENZETTI, 2009, p. 151).

<sup>26</sup> Tradução livre. No original: “La fase de ejecución puede consistir en designar a un encargado responsable de llevarla adelante, que es habitualmente una sección de la administración. También puede designar organismos independientes que revisen periódicamente lo actuado desde el punto de vista científico, económico, y social. El tribunal puede ordenar procedimientos mediante los cuales los diferentes actores presentan sus objeciones y sugerencias al responsable de la ejecución y cómo se dirimen los conflictos. Ello es complementado con información pública, concentrada y accesible para mejorar el control ciudadano” (LORENZETTI, 2009, p. 153).

Poderão as medidas de implementação virem também através de ordem para que o Congresso legisle sobre determinado assunto, e, se não o fizer dentro de um prazo razoável, o tribunal poderá adotar uma decisão substitutiva para tornar factível a implementação do direito. Trata-se de operacionalização de um direito fundamental, o que requer a existência do direito em alguma fonte normativa e a falta de regulamentação legal dentro de um prazo razoável (LORENZETTI, 2009, p. 154).

No mesmo norte, também é uma forma de medida estruturante da decisão judicial a organização da implementação do julgado. A organização da implementação poderá ocorrer através de delegação da execução para outros tribunais ou até mesmo para agências reguladoras (LORENZETTI, 2009, p. 155). No caso *Brown v. Board of Education of Topeka II*, que foi a segunda fase da decisão do *leading case*, a Corte Suprema Americana delegou aos tribunais locais a execução ante a proximidade e contato com a realidade local, bem como a litigiosidade acentuada nos estados sulistas.

Outra forma de organização da execução do julgado é a divisão da execução por etapas. Recomenda-se a adoção dessa sistemática quando se está diante de um objeto litigioso muito amplo, sendo que a sentença compreende situações diversas e com o cumprimento necessariamente progressivo (LORENZETTI, 2009, p. 155).

Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 155-156) aponta ainda como mecanismos estruturantes a imposição de *astreintes*, imputável inclusive solidariamente ao agente público responsável pelo cumprimento, bem como a busca de soluções conciliatórias para a execução (não quanto ao objeto do litígio em si que, muitas vezes, é indisponível).

Sérgio Cruz Arenhart (2013) aponta como técnica de formação das medidas estruturantes o recurso a provimentos em cascata, nos quais a solução seria implementada conforme o surgimento do problema:

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. Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo

que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto (ARENHART, 2013, p. 389-410).

Nota-se que as soluções preconizadas por Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 148-156) se assemelham à ideia defendida por Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 389-410) pertinente aos provimentos em cascata. Em ambos se nota a imposição gradual e dúctil da decisão judicial, até porque somente na medida em que a decisão estrutural está sendo implementada é que se terá a proporção dos impactos, dos problemas que venham a surgir, bem como das imposições necessárias para a realização do escopo da tutela jurisdicional. A imposição gradual, portanto, é uma das formas de alteração do padrão tradicional dos comandos judiciais e critério distintivo das decisões estruturais.

Desta feita, a execução das *structural injunctions* são delineadas a partir de uma ampliação dos poderes do magistrado, atribuindo a flexibilidade para o atendimento do comando judicial, de acordo com o caso concreto, buscando conciliar e ajustar as necessidades públicas e privadas (BAUERMANN, 2012, p. 69). Por outro lado, a formulação do decreto estrutural requer um grande volume de conhecimento do magistrado, conhecimento este que muitas vezes exige *expertise* técnica. O juiz é encarregado de criar uma fórmula na qual se encaixem todas as respostas para a questão complexa objeto do litígio ser efetivada (FISS, 2017b, p. 36).

O juiz, no entanto, pode não ter especialização em determinada matéria, não deter conhecimentos específicos com relação a determinado aspecto, mas, ainda assim a ele incumbe reunir e filtrar todo o conhecimento disponível, criar saídas estratégicas e evitar comportamentos ou reações que prejudiquem a eficácia da decisão. “Ao fazer esses julgamentos, o juiz não será auxiliado pelos chamados peritos. Estratégia requer *insight*, não conhecimento técnico” afirma Owen Fiss (2017b, p. 37). Não é adequado ao mister das medidas estruturantes, desta feita, impor rigidez, uma vez que a decisão judicial estruturante, para ser eficaz, precisa ser dúctil.

Assim, não há o que se falar em um rol taxativo de medidas que possam ser aplicadas, pois, a riqueza das situações concretas que envolvem os direitos complexos e fluidos vergastados nas ações estruturais, não permite engessamento. O que a doutrina e jurisprudência nos trazem são exemplos de soluções outrora implementadas ou pensadas. Somente diante do caso concreto será possível avaliar se a medida suposta é ou não adequada. E mais, no processo estrutural deve-se ter

em mente que as soluções e os problemas na concretização são descobertas graduais e exigem a releitura constante dos mecanismos empregados.

## 2.5 ENQUADRAMENTO DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO DIREITO BRASILEIRO

O direito processual civil brasileiro, tradicionalmente assenta-se numa perspectiva individualista, razão pela qual os estudos e conceitos dos principais institutos tem como arcabouço o processo individual. No entanto, com o incremento das relações sociais, cada vez mais surgem litígios que demandam que o exercício da função jurisdicional seja aprimorado e adaptado para que provoquem as mudanças substanciais na realidade que a complexidade social exige.

A visão de processo pautada nos clássicos valores liberais, com promessas de tutelas jurisdicionais vocacionadas ao princípio da demanda e a estreita correlação entre o pedido e a sentença, a despeito de satisfatória na resolução dos litígios individuais e que envolvam tão somente o direito privado, mostra-se distanciada da realidade social.

Quando surge a necessidade de que o processo seja meio de assegurar o exercício em concreto de importantes direitos fundamentais e, conseqüentemente ser meio de inserção de indivíduos na vida social, esse processo com raízes liberais mostrou-se inadequado e distante da relação com os direitos materiais (PINTO, 2017, p. 370).

A nova configuração da função jurisdicional, a seu turno, tem raízes no direito norte-americano, portanto tem suas bases no *common law*, a partir da doutrina que ampliou o conceito do que se compreende por *injunctions*.

As *injunctions* se restringiam, inicialmente, ao poder que uma corte possui de determinar que alguém execute ou cesse uma certa atividade. Segundo Owen Fiss (1978, p. 7) a doutrina norte-americana costumava distinguir as *injunctions* em interlocutórias ou finais, as quais, por sua vez, poderiam ser mandatórias ou proibitórias. Owen Fiss (1978) desenvolveu a ideia das *injunctions*, e propôs três novas categorias:

Eu gostaria de expandir o pluralismo e introduzir três novas categorias: a injunção preventiva, que procura proibir algum ato ou série de atos que venham a ocorrer; a injunção reparadora, que obriga o réu a se envolver no curso de uma ação com a finalidade de corrigir os efeitos de um erro passado;

e a injunção estrutural, que busca efetivar a reorganização de uma instituição social em curso<sup>27</sup> (FISS, 1978, p. 7).

A terceira categoria de *injunction* proposta por Owen Fiss, *structural injunction*, é o que se traduz no direito brasileiro como medidas estruturantes ou decisões estruturais. A finalidade das medidas estruturantes é a consolidação dos direitos civis e constitucionais e a ideia de que, por vezes, o Poder Judiciário, isoladamente, não é capaz de implementar os efeitos de suas decisões.

A chamada reforma estrutural, de acordo com Owen Fiss (2017, p. 25), “é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais”. Para Owen Fiss (2017) através da reforma estrutural houve uma adaptação das formas de procedimentos tradicionais para a nova realidade e a *injunction* “é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas” (FISS, 2017, p. 26).

As técnicas processuais tradicionais e lineares deixam de ser suficientes e mostram-se inadequadas para o tratamento eficaz das novas demandas. Novos direitos, mais complexos e fluidos exigem adaptação de procedimentos e condutas. Nesse sentido, pode-se notar que nem todo sistema processual civil está apto para acomodar as medidas estruturantes. Desta feita, importante investigar se o sistema processual civil brasileiro está ou não apto para o emprego das decisões estruturantes.

## **2.6 TOLERÂNCIA OU CONTRADIÇÃO ENTRE O SISTEMA DE CONTROLE DO PODER ESTATAL E AS MEDIDAS ESTRUTURANTES**

Uma síntese das perspectivas que a Ciência Política oferece quanto à noção de poder aponta que “o poder importa na possibilidade de dirigir o comportamento alheio, de tomar decisões que afetem outras pessoas, de ocupar os espaços que afloram no seio da sociedade” (BELLINETTI, 1997, p. 164).

---

<sup>27</sup> Tradução livre. No original: “I would like to expand the pluralism and introduce three new categories: the preventive injunction, which seeks to prohibit some discrete act or series of acts from occurring in the future; the reparative injunction, which compels the defendant to engage in a course of action that seeks to correct the effects of a past wrong; and the structural injunction, which seeks to effectuate the reorganization of an ongoing social institution” (FISS, 1978, p. 7).

O poder do Estado, por sua vez, destina-se a regulamentar coercitivamente uma gama de relações humanas e sociais, com o escopo de promover a convivência harmônica, ao menos teoricamente, entre os indivíduos da sociedade organizada (BELLINETTI, 1997, p. 164).

A necessidade de um sistema de autocontrole do poder é inquestionável à medida em que é imprescindível prevenir o arbítrio e proteger a liberdade, sem podar o pleno desenvolvimento individual e social. Para tanto, é preciso eleger os critérios para o controle e, sói ocorrer de se utilizar a expressão “separação de poderes” quando se tem em vista o critério funcional (BELLINETTI, 1997, p. 165).

A divisão baseada nas funções estatais de legislar, administrar e julgar, não implica em necessidade de uma separação estanque entre os poderes. Ao revés, a doutrina moderna considera o poder estatal uno, porém passível de desmembramento, tão somente para que o autocontrole seja possível, segundo afirma Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 78):

Embora seja clássica a expressão separação de poderes, que alguns autores desvirtuaram para divisão de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as idéias de poder e de função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções.

Para que a distribuição de funções fosse implementada e funcionasse, foram criados três órgãos principais, chamados de “poderes” – Executivo, Legislativo e Judiciário – sendo que a tripartição, juntamente com alguns institutos de atuação da sociedade civil (como a ação popular), formam os mecanismos de controle do poder estatal (BELLINETTI, 1997, p. 167).

A “separação de poderes” de forma estanque, conforme preconizada tradicionalmente, mesmo nos Estados em que consagrada constitucionalmente de forma enfática, sempre foi imiscuída de intensa interpenetração de forma que “Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação” (DALLARI, 1998, p. 79).

Adverta-se que uma das finalidades do sistema de separação de poderes é “assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado” (DALLARI, 1998, p. 79). No entanto, ao sabor simplesmente dos ideais liberais, criou-se uma sociedade imiscuída por injustiças sociais, sendo que a liberdade plena fora alcançada apenas por um pequeno número de privilegiados:

A sociedade plena de injustiças criada pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação de poderes. Apesar desta, houve e tem havido executivos antidemocráticos e que transacionam de fato com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação de poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo. Assim, pois, a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o caráter democrático do Estado (DALLARI, 1998, p. 79).

Nota-se, portanto, que “esse sistema falhou fragorosamente em suas finalidades, levando a uma profunda reflexão com vistas ao seu aperfeiçoamento” (BELLINETTI, 1997, p. 167) e, tal aperfeiçoamento deve se dar justamente através da ampliação dos meios de controle da sociedade sobre o poder estatal.

A repartição de competências para o exercício das funções, a nível organizativo do Estado, tem como escopo a criação de um exercício moderado e controlado das funções estatais. As funções estatais politicamente relevantes, no entanto, constituem-se em inúmeros setores e surgem sempre sob novas formas. Assim, a tarefa de controlar o exercício dessas funções, igualmente, precisa assumir novas formas (ZIPPELIUS, 1997, p. 401).

Ciente de que o poder do Estado é uno e indivisível e que a divisão de funções na organização estatal entre o Judiciário, Executivo e Legislativo não implica em separação entre poderes, mas na divisão pragmática, nota-se a consonância entre as medidas estruturantes da decisão judicial e a ideia de divisão das funções para perfectibilização do autocontrole do poder estatal.

Vislumbra-se que a divisão das funções estatais, considerando que implica, necessariamente, em interpenetração entre as funções e não em efetiva separação, pode-se considerar que nas medidas estruturantes das decisões judiciais, quando se fala na aplicação dessas medidas em ações movidas em face do poder público, não significa que o Poder Judiciário estaria se imiscuindo das funções do Poder Executivo

ou até nas do Legislativo, mas sim considerar que configuram um dos mecanismos de controle do poder estatal, portanto, com perfeita adequação ao sistema constitucional. É válido destacar que o Supremo Tribunal Federal tem decidido<sup>28</sup> que o argumento de ofensa à “separação” dos poderes não é justificativa suficiente para afastar a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar pretensão que examine direito fundamental social.

## **2.7 ACESSO À JUSTIÇA: SEDE CONSTITUCIONAL DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES**

O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República de 1988, erige, como garantia fundamental – através da redação “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – o acesso à justiça, por meio de uma cláusula aberta de controle judicial através da inafastabilidade da jurisdição, o que garante o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, em seu artigo 3º, repete a redação constitucional, consagrando a mesma perspectiva num viés especificamente processual, o que garante que qualquer cidadão tem direito a que a sua pretensão seja analisada pelo Poder Judiciário. No entanto, na visão moderna de acesso à justiça, mais que garantia de apreciação pelo Poder Judiciário das pretensões dos cidadãos, o processo deve ser visto como verdadeiro instrumento para obtenção e reconhecimento ativo de direitos (JAURIS; SGARBI, 2017, p. 260).

Afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 108-109) que, na redação do artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015, o legislador infraconstitucional perdeu a oportunidade de explicitar o sentido do acesso à justiça como direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos. Por outro lado, nos parágrafos, procurou instituir claramente um sistema de justiça multiportas no Brasil, buscando adequar a prestação de justiça com as especificidades do direito material.

O acesso à justiça deve ser visto, sobretudo, sob um espectro qualitativo, no sentido de garantir efetividade à tutela dos direitos. Assim, fala-se no uso planejado do princípio do acesso à justiça, visando conferir uma tutela universal, material e efetiva a direitos que vêm sendo desrespeitados ou negados (ALVES; REZENDE; VICENZA, 2016, p. 222).

---

<sup>28</sup> Recurso Extraordinário 592.581/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 13.08.2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.



O papel do magistrado, diante deste quadro, é buscar soluções justas e ferramentas jurídicas legítimas eis que ao sistema jurídico são impostos desafios centrados na efetividade como forma de assegurar direitos (JAURIS; SGARBI, 2017, p. 274).

Para tanto, o processo tem que ser capaz de realizar o direito material e “capaz de outorgar unidade teleológica à tutela jurisdicional dos direitos” (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 110).

Grande enfoque deve ser conferido, portanto, às formas de tutela jurisdicional adequadas e aos consectários processuais desta:

O direito à tutela jurisdicional adequada determina a previsão: i) de procedimentos com nível de cognição apropriado à tutela do direito pretendida; ii) de distribuição adequada do ônus da prova, inclusive com possibilidade de dinamização e inversão; iii) de técnicas antecipatórias idôneas a distribuir isonomicamente o ônus do tempo no processo, seja em face da urgência, seja em face da evidência; iv) de formas de tutela jurisdicional com executividade intrínseca; v) de técnicas executivas idôneas e vi) de *standarts* para valoração probatória pertinentes à natureza do direito material debatido em juízo. É dever do legislador estruturar o processo em atenção à necessidade de adequação da tutela jurisdicional (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 110-111).

A obtenção de resultados legítimos e eficientes para o cidadão que busca o acesso à justiça revigorado pela concepção de um Estado Constitucional Democrático é primordial a partir da percepção dos impactos que têm as concepções dinâmicas dos direitos fundamentais para o direito processual (NUNES, 2012, p. 258). O Estado não é visto mais tão somente como protetor dos direitos fundamentais, mas como ente que deve agir positivamente no sentido de promovê-los.

A percepção do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões e de promoção dos direitos fundamentais, diante do reconhecimento da importância da estrutura multifacetada, coparticipativa e policêntrica que deve ser conferida ao processo, típica do processo estrutural, é crucial para a efetividade das decisões e conseqüente concretização do acesso à justiça na forma preconizada constitucionalmente.

A necessidade de implementação da tutela adequada aos direitos faz com que as medidas estruturantes das decisões judiciais, entendidas estas como mecanismos de busca da tutela adequada ao direito, desta feita, sigam ao encontro da visão que se deve ter de acesso à justiça, seja através da busca de soluções do direito material

controvertido em casos paradigmáticos, ou da busca de soluções de implementação em litígios estratégicos.

## **2.8 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O AMOLDAMENTO DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES DA DECISÃO JUDICIAL**

O Código de Processo Civil de 2015, seguindo a mesma diretiva do Código Civil de 2002, utilizou-se da técnica legislativa de inserir, em seu texto, cláusulas gerais. As cláusulas gerais, de acordo com Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2017, p. 292), são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, sob a forma de diretrizes, voltadas ao magistrado, a quem compete preencher axiologicamente as normas orientadoras. Tais diretrizes, a um só tempo, vinculam o magistrado e lhe conferem liberdade para decidir.

A principal função das cláusulas gerais é conferir mobilidade ao sistema legal ao passo que o conteúdo valorativo poderá se adaptar às necessidades e mudanças sociais. As cláusulas gerais têm função instrumental, eis que vivificam o conteúdo da norma e abrandam a rigidez conceitual (NERY JÚNIOR; NERY, 2017, p. 292-293). No Código de Processo Civil de 2015, nota-se a presença de cláusulas gerais processuais como, por exemplo, os artigos 5º e 6º que disciplinam, respectivamente, a cláusula geral da boa-fé processual e da cooperação.

A existência, por si, das cláusulas gerais processuais no texto normativo vigente, já possibilita a inserção das medidas estruturantes como forma de efetivação da decisão judicial. A abertura semântica conferida ao órgão julgador, diante da presença, por exemplo, das cláusulas gerais executivas (artigo 139, IV, artigo 297 e artigo 536, parágrafo 1º do Código de Processo Civil de 2015), do poder geral de cautela (artigo 301 do Código de Processo Civil de 2015), da cláusula geral do abuso do direito do exequente (artigo 805 do Código de Processo Civil de 2015), da cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (artigo 723, parágrafo único do Código de Processo Civil de 2015) e da cláusula geral de promoção pelo Estado da autocomposição (artigo 3º, parágrafo 1º do Código de Processo Civil de 2015), já possibilitam a concretização por meio da concessão de provimentos estruturantes (PINTO, 2017, p. 387-389).

Nota-se que o Código de Processo Civil de 2015, ao inserir como cláusula geral, no artigo 6º, a colaboração, estabeleceu como linhas centrais para a organização do processo a construção de um modelo cooperativo, baseado no princípio da colaboração. A colaboração, como modelo e como princípio, passa a formar um eixo sistemático a partir do qual o processo justo se estrutura, o que gera uma mudança epistemológica quanto à visão do processo (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 146).

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 148-150) afirmam que a colaboração, vista como modelo, se estrutura a partir de pressupostos culturais que podem ser visualizados sob os ângulos social, lógico e ético. Sob o ângulo social, trata-se da visão da sociedade como um empreendimento de cooperação entre os seus membros, para a obtenção de proveito mútuo e do Estado como ente vocacionado a promover a tutela dos direitos. Sob o ponto de vista lógico, a colaboração faz com que as normas jurídicas sejam vistas como o resultado da colaboração entre o legislador e o juiz. Do ponto de vista ético, esclarecem os autores, o processo colaborativo seria um processo orientado pela busca da verdade.

O processo colaborativo, desta feita, abre margens a alteração da postura dos magistrados na condução do processo:

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. *Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão.*

A *paridade* na sua condução está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, atuando ativamente, fá-lo de maneira dialogal (art. 139, CPC). Vale dizer: o juiz participa do processo colhendo a impressão das partes a respeito dos seus rumos, possibilitando assim a influência dessas na formação de suas decisões (de modo que o *iudicium* acabe sendo efetivamente um ato *trium personarum*, como se entendeu ao longo de toda a praxe do *jus commune*) (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 149).

A colaboração como princípio, por sua vez, se estrutura a partir dos deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio que são atribuídos ao juiz na condução do processo (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 152), bem como através de instrumentos criados como a flexibilização procedimental, o saneamento compartilhado, a redução da incidência das preclusões e a veemente abertura da utilização dos meios alternativos de solução de litígios (DINAMARCO, 2015, p. 63-103).

A decisão judicial, no modelo cooperativo de processo, não é elaborada de forma solitária pelo magistrado, como se fosse um centro único do processo decisório,

mas é produto de um efetivo diálogo numa comunidade de trabalho formada por todos os sujeitos do processo:

A gestão do procedimento de elaboração da decisão judicial é difusa, já que o provimento é o resultado da manifestação de vários núcleos de participação, ao mesmo tempo em que os sujeitos processuais – inclusive as partes – cooperam com a condução do processo (policentrismo processual) (FRANCO, 2015, p. 113).

É importante destacar ainda, com relação às inovações do Código de Processo Civil de 2015, a possibilidade legal de aplicação da distribuição dinâmica e da inversão convencional do ônus da prova, nos termos preconizados pelo artigo 373, parágrafos 1º e 4º do Código de Processo Civil de 2015. Tais dispositivos refletem a mudança epistemológica na visão do processo civil, ao priorizar o julgamento de mérito com base no exercício do contraditório efetivo e participativo e na busca pelo processo justo.

Outro reflexo resultante da adoção de um modelo cooperativo de processo, que também resulta em reflexos positivos para a aceitação da aplicabilidade, no direito brasileiro, das medidas estruturantes das decisões judiciais, é a consagração da cláusula geral de negociação processual. O artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 permite a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, conferindo às partes a faculdade de convencionar sobre situações jurídicas processuais. A cláusula geral de negociação processual valoriza a vontade das partes, o equilíbrio das funções dos sujeitos processuais e reflete a valorização do consenso e a preocupação de fazer do Judiciário, um espaço de resolução de conflitos (CUNHA, 2016, p. 50).

Marco Félix Jobim (2013, p. 197), ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, afirmou que o artigo 461 do diploma processual revogado também seria um permissivo legal para a estruturação das decisões judiciais ao prever a prevalência da tutela específica das obrigações ou a concessão de providências que assegurem resultado prático equivalente nas ações que tenham por objeto as prestações de fazer ou não fazer. O novel Código de Processo Civil repetiu a preferência pela tutela específica ou equivalente ao resultado prático, como se pode observar da dicção dos artigos 497, 499 e 500.

Obtemperem-se que não menos importante (ou até mais importante) que as cláusulas gerais processuais previstas no Código de Processo Civil são aquelas

previstas constitucionalmente, tal como a cláusula do devido processo legal, que traz em si inúmeros direitos fundamentais processuais, dentre os quais consta o direito à efetividade da jurisdição<sup>29</sup> (ZAVASKI, 1995, p. 4).

A despeito das inovações elencadas pertinentes ao Código de Processo Civil de 2015, que podem configurar além um permissivo legal para a aplicação das medidas estruturantes das decisões judiciais, mas sim um indicativo de mudança epistemológica, deve-se ter em mente que sobretudo o processo estrutural se manifesta com nuances próprias, diferenciadas das nuances liberais que permeiam o Processo Civil brasileiro. Mas é inegável o caráter permeável que as cláusulas gerais processuais trouxeram ao sistema processual, ainda que cercado por raízes individualistas.

Nesse sentido, observa-se que a mudança de eixo estrutural do processo civil, para a estrutura colaborativa e formada por uma comunidade de trabalho, configura-se como importante abertura interpretativa para a adequação do processo estrutural ao direito brasileiro. Ao erigir como modelo e princípio a colaboração, um dos pilares sob os quais se pauta o processo gerencial, passou-se a ter a participação e colaboração dos sujeitos processuais como essenciais à formação da decisão judicial.

## **2.9 MEDIDAS ESTRUTURANTES: CASOS PARADIGMAS NO BRASIL**

As decisões estruturais “são uma necessidade para qualquer sistema processual em que se admita a intervenção em políticas públicas ou grandes inserções em relações privadas”, afirma Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 389-410).

O campo de aplicação das decisões estruturais, a despeito de ser mais fértil na seara que envolve o direito público, a ele não se restringe. Nesse sentido, Sérgio Cruz

---

<sup>29</sup> “Sob a denominação de direito à efetividade da jurisdição queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória. O Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir – tanto quanto seja possível – a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela” (ZAVASKI, 1995, p. 5).

Arenhart (2013) compilou algumas manifestações legislativas que exemplificam a aplicabilidade das medidas estruturantes no campo do direito privado:

No campo privado, aliás, há norma expressa que admite a criação de decisões microinstitucionais. Especificamente para a tutela do direito à concorrência, a Lei n. 12.529/11 (mas, mesmo antes dela, a Lei n. 8.884/94) contém diversos instrumentos que, judicial ou extrajudicialmente, autorizam o emprego de medidas que interferem em atos de dominação econômica e permitem a criação de mecanismos de acompanhamento do cumprimento dessas decisões. Assim, por exemplo, o art. 38, inc. VII, dessa lei (e, de modo idêntico, o faz o art. 61, § 2º, inc. VI), prevê como sanção à prática de atos que violam a ordem econômica a adoção de “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”. O art. 52, da lei, a seu turno, estabelece que “o cumprimento das decisões do Tribunal [administrativo] e de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei poderá, a critério do Tribunal, ser fiscalizado pela Superintendência-Geral, com o respectivo encaminhamento dos autos, após a decisão final do Tribunal”. Enfim, prevê a lei, em diversos dispositivos (arts. 96 e 102 a 111), a possibilidade de intervenção judicial em empresa, que poderá ter seu papel limitado ao acompanhamento do cumprimento da decisão jurisdicional, ou ter função mais ampla, chegando até ao extremo de legitimar o interventor a assumir a administração da empresa (art. 107, § 2º, da lei) (ARENHART, 2013, p. 389-410).

Com efeito, nota-se que o espectro de atuação das medidas estruturantes vai além das ações que envolvem o direito público, inclusive com incursões legislativas nesse sentido. Porém, sem dúvidas, é na seara do direito público que se encontram a grande maioria das aplicações da casuística.

Dentre os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal que empregaram as medidas estruturantes, Marco Félix Jobim (2013, p. 165-171) destaca as ações que envolvem a demarcação das terras indígenas conhecida como caso Raposa Serra do Sol, e o mandado de injunção que discute o direito constitucional de greve dos servidores públicos civis<sup>30</sup>.

No que tange ao caso Raposa Serra do Sol, o que importa ao estudo das medidas estruturantes é parte do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que por técnica de decisão passou a fazer parte integrante do acórdão, especialmente quanto a imposição das 18 (dezoito) restrições ao exercício do direito dos indígenas<sup>31</sup>, as quais constam do comando decisório do referido voto.

<sup>30</sup> Refere-se ao Mandado de Injunção tombado sob o número 708, ementa disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002473&base=baseAcordaos>.

<sup>31</sup> Trata-se da ação popular tombada sob o número 3.388/RR, inteiro teor disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. A parte que é importante para o estudo: “Destarte, julgo parcialmente procedente e a presente ação popular para que sejam observadas as seguintes condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras: (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras

No julgado, tal qual a técnica utilizada pela Suprema Corte Estadunidense no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, medidas foram determinadas pelos julgadores de forma a conferir uma completa efetividade à decisão (JOBIM, 2013, p. 167).

No que tange ao mandado de injunção nº 708, este teve como objeto a ausência da lei regulamentando o exercício do direito de greve pelos servidores públicos. No caso, além da declaração da mora legislativa e da necessidade de

---

indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, §6º, interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, o que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra de recursos minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, dependendo-se o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; (viii) usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração; (xi) deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade jurídica ou pelos silvícolas (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, *caput*, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88)".

regularização por meio da atividade do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal declarou que, enquanto se perpetuasse a mora legislativa, as normas destinadas ao setor privado previstas na Lei nº 7.783/89 valeriam para ordenar a greve dos servidores (JOBIM, 2013, p. 170). Ocorre que para tanto, no voto divergente proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, foram estabelecidas 16 (dezesesseis) condições para a aplicação da Lei n. 7.783/89 à greve dos servidores públicos<sup>32</sup> eis que se tratava de legislação voltada ao setor privado, portanto, havia necessidade de adequação (JOBIM, 2013, p. 171) – adequação voltada a efetividade e estruturação do comando decisório.

Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 221) aponta como um protótipo de processo estrutural no direito brasileiro as decisões que outorgam determinado medicamento a doentes necessitados e fixam, fora dos liames definidos pelo pedido, condições e limites para o fornecimento e que, inobstante tratem-se de sentença condicional,

---

<sup>32</sup> Trata-se do mandado de injunção tombado sob o nº 708, inteiro teor disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. A parte que importa ao estudo é aquela pertinente ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski: “Assim sendo, asseguro o exercício do direito de greve aos trabalhadores em educação do município de João Pessoa, desde que atendidas as seguintes exigências: 1) a suspensão da prestação de serviços deve ser temporária, pacífica, podendo ser total ou parcial; 2) a paralisação dos serviços deve ser precedida de negociação ou de tentativa de negociação; 3) a Administração deve ser notificada da paralisação com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas; 4) a entidade representativa dos servidores deve convocar, na forma de seu estatuto, assembleia geral para deliberar sobre as reivindicações da categoria e sobre a paralisação antes da ocorrência; 5) o estatuto da entidade deve prever as formalidades de convocação e o *quorum* para a deliberação, tanto para a deflagração como para a cessação da greve; 6) a entidade dos servidores representará os seus interesses nas negociações, perante a Administração e o Poder Judiciário; 7) são assegurados aos grevistas, dentre outros direitos, o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os servidores a aderirem à greve e a arrecadação de fundos e livre divulgação do movimento; 8) em nenhuma hipótese, os meios adotados pelos servidores e pela Administração poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem; 9) é vedado à Administração adotar meios para constranger os servidores ao comparecimento ao trabalho ou para frustrar a divulgação do movimento; 10) as manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa; 11) durante o período de greve é vedada a demissão de servidor, exceto se fundada em fatos não relacionados com a paralisação, e salvo em se tratando de ocupante de cargo em comissão de livre provimento e exoneração, ou, no caso de cargo efetivo, a pedido do próprio interessado; 12) será lícita a demissão ou a exoneração de servidor na ocorrência de abuso de direito de greve, assim consideradas: a) a inobservância das presentes exigências; e b) a manutenção da paralisação após a celebração de acordo ou após a decisão judicial sobre o litígio; 13) durante a greve, a entidade representativa dos servidores ou a comissão de negociação, mediante acordo com a Administração, deverá manter em atividade equipes de servidores com o propósito de assegurar a prestação de serviços essenciais e indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da coletividade; 14) em não havendo o referido acordo, ou na hipótese de não ser assegurada a continuidade da prestação dos referidos serviços, fica assegurado à Administração, enquanto perdurar a greve, o direito de contratação de pessoal por tempo determinado, prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal ou a contratação de serviços de terceiros; 15) na hipótese de greve em serviços ou atividades essenciais a paralisação deve ser comunicada com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas à Administração e aos usuários; 16) a responsabilidade pelos atos praticados durante a greve será apurada, conforme o caso, nas esferas administrativa, civil e penal”.



portanto, nula sob a ótica do processo clássico, a necessidade de comprovação posterior da necessidade do medicamento é consectário lógico. Exemplifica ainda Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 221) a aplicação dos processos estruturais nas hipóteses de ação coletiva ambiental, em que os magistrados têm condicionado a modificação na área afetada a prévia manifestação ou orientação do órgão ambiental competente, ou, ainda a de condicionar a prática de certos atos à prévia autorização do órgão ambiental de fiscalização.

A aplicação do processo estrutural nas ações que discutem proteção ao meio ambiente é exemplificada através da ação civil pública (autos nº 93.8000533-4) ajuizada na Justiça Federal de Criciúma que na sentença impôs aos réus oferecer, em seis meses, um projeto de recuperação da região, com cronograma mensal de etapas a serem executadas, compreendendo as mais diversas obras para o fim de amenizar os danos sofridos pela população dos municípios em que ocorriam a extração e beneficiamento do carvão. Foram determinadas ainda multa coercitiva, medidas de sub-rogação, bem como a obrigação das mineradoras adequarem a conduta às normas de proteção ambiental. Aos órgãos de fiscalização de mineração e de proteção ambiental foi determinado o dever de apresentar relatórios circunstanciados das fiscalizações realizadas em todas as minas da região. O Ministério Público teria o dever de opinar quanto aos relatórios apresentados, os quais deveriam ser submetidos ao crivo do Judiciário (ARENHART, 2015, p. 222).

A ação civil pública do carvão foi executada em diferentes etapas, sendo que a primeira etapa consistiu em delinear com maior precisão a dimensão do problema e a extensão da condenação para subsidiar a adoção de medidas mais concretas para a efetivação da reparação ambiental. A segunda fase foi marcada pela atuação do Ministério Público Federal na definição das estratégias de enfrentamento do problema, com base em informações trazidas por sua assessoria técnica e auxílio do Ministério do Meio Ambiente e do Departamento de Produção Mineral. Consolidadas as informações, na terceira etapa os réus foram instados a efetivamente apresentar os projetos, conforme a padronização indicada pelo Ministério Público Federal e tornando possível a exigência concreta de medidas específicas e a elaboração de planos com execução continuada. Na quarta etapa, tem-se a efetiva implementação dos projetos e do cronograma de recuperação, com a busca de soluções consensuais e acompanhamento da execução, inclusive com a participação da população através de uma página na *internet* (ARENHART, 2015, p. 224-226).

Nota-se nos exemplos enumerados por Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 222-226) que se trata do emprego do processo estrutural em razão da necessidade de solucionar uma lide complexa. O valor constitucional protegido pela ação (proteção ao meio ambiente e saúde, nas hipóteses) em si não é controvertido ou representa um avanço de mentalidade quanto à interpretação de direitos fundamentais, porém, a lide exige a aplicação da estruturação, não pelo reconhecimento do direito em si, mas pelos impactos sociais da implementação. O processo estrutural aqui buscou a efetividade dos direitos fundamentais diante da identificação das falhas estruturais presentes no mecanismo de proteção a tais direitos, tentando corrigir os equívocos geradores de agressão, *in casu*, ao meio ambiente e saúde.

Portanto, o direito brasileiro demonstra abertura para a aplicação das medidas estruturantes, tanto em âmbito constitucional quanto na legislação infraconstitucional, não apenas nas hipóteses de litígios estratégicos ou de impacto, ou nas hipóteses em que a divergência quanto ao tema na sociedade é intensa, o que impediria uma solução única, pronta e acabada, mas também quando através do processo, busca-se a identificação das falhas estruturais nos mecanismos de outorga dos direitos fundamentais.

### 3 EFETIVIDADE E AÇÕES COLETIVAS

A ordem jurídica sempre esteve preocupada com as relações unipessoais, nas quais a lesão é direcionada a um indivíduo e tem contornos firmemente delineados. Ocorre que, com o progresso da humanidade e a globalização, torna-se essencial a proteção a bens jurídicos coletivos tais como o meio ambiente, a probidade administrativa, o patrimônio cultural, o consumidor.

A capacidade do Direito de se adaptar aos anseios sociais submete-se a um verdadeiro desafio: conferir proteção aos interesses transindividuais. As ações coletivas possuem contornos e perspectivas diferentes das ações individuais. Esclarecer essa diferenciação, é o que se pretende nesse capítulo.

#### 3.1 EVOLUÇÃO DO PROCESSO COLETIVO

O processo, até meados do século XIX, era considerado como parte do direito material. Inexistia uma definição bem clara entre o plano processual e o plano material do ordenamento jurídico. Trata-se da fase imanentista ou sincretista do processo, quando não havia uma construção segura dos institutos processuais e uma coordenação harmoniosa entre eles, eis que não era vista a separação entre direito substancial e processo (DINAMARCO, 2000, p. 40).

Com o desenvolvimento do racionalismo e as alterações sociais, culturais, políticas e econômicas, bem como com as novidades inerentes ao conceito de ação trazidas do embate doutrinário entre os juristas alemães Bernhard Windscheid e Theodor Muther<sup>33</sup>, inicia-se a segunda fase da ciência processual, conhecida como fase autonomista.

A fase autonomista se caracteriza por ter proclamado, em termos sistemáticos, a diferenciação entre a relação jurídica existente entre os sujeitos principais do

---

<sup>33</sup> De acordo com José dos Santos Bedaque (2001, p. 22), para Windscheid, ação significava direito à tutela jurisdicional, decorrente da violação de outro direito. Porém, não era essa a noção que o direito romano encampava, eis que previam diversas *actiones* em que não havia a violação do direito correspondente. Os romanos, de acordo com o autor, viviam sob um sistema de ações, não de direitos, o que derivava de um grande senso prático e de um grande poder conferido ao magistrado de decidir até mesmo contra a lei. Afirma José dos Santos Bedaque (2001, p. 22) que Muther, por sua vez, afirmava que o direito subjetivo seria pressuposto da *actio* eis que quando o pretor formulava um edito, criaria norma geral e abstrata para amparar as pretensões e, nessa toada, haveria coincidência entre a *actio* romana e a ação moderna. A partir de tal polêmica, surge o conceito moderno de ação, que envolve a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do Estado.

processo e a relação jurídico-material litigiosa por seus sujeitos, por seu objeto e por seus pressupostos. Com a fase autonomista, surgem as primeiras colocações do direito processual como ciência, com método e objeto próprio (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 18).

Afirmam Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2016, p. 19) que foi a partir da fase autonomista que o processo passou a ser entendido não como um modo de exercício de direitos, mas da mesma forma que os demais modos indicados pelo direito privado e como um caminho para se alcançar a proteção jurisdicional.

A fase autonomista da ciência do direito processual, no afã de consolidar a posição autônoma alcançada, deu azo a inúmeras evoluções teóricas que, ante a grande exaltação da técnica, acabou por redundar em tecnicismo e conceitualismo vago (ALMEIDA, 2010, p. 12-13).

A efetiva utilidade da ciência processual passou a ser questionada ante a prevalência de uma visão do processo como um fim em si mesmo. Surge então a ideia de que a ciência processual não pode ser destituída de conotações éticas e objetivos a serem cumpridos no plano social, econômico e político, retomando-se a consciência dos escopos metajurídicos e das responsabilidades que possui perante a sociedade e seus valores (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 19).

Inaugura-se a terceira fase metodológica da ciência processual, que privilegia a função instrumental do processo civil, “e caracterizada como polo de irradiação de ideias e de coordenação dos variados institutos, princípios e soluções com vistas à utilidade prática do processo” (ALMEIDA, 2010, p.13).

A fase instrumentalista ou teleológica tem como ponto nodal a definição dos desígnios que movem o exercício da função jurisdicional pelo Estado, e fixa como premissa a busca por técnicas adequadas, convenientes e eficazes à realização do direito material pleiteado. Sob essa perspectiva, a medida do valor do processo passou a se dar pelos resultados práticos que produz e, desta feita, a ciência processual deveria ter como escopo buscar, no plano processual, soluções adequadas e efetivas à tutela do direito material (ALMEIDA, 2010, p.15).

A concepção dos institutos processuais e a sua aplicação a cada situação concreta volta-se para a realização de um processo civil de resultados. Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2016, p. 22) explicam:

Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar ou a resistir a uma pretensão de outro sujeito e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter, sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social.

A utilidade prática do processo passou a ser o cerne da ciência processual. Para o aperfeiçoamento desse objetivo passou-se buscar um meio-termo entre o sincretismo do plano processual e material e a sua completa separação, de forma que o direito processual civil, a despeito de possuir natureza própria, volte-se para a realização do direito material vergastado (ALMEIDA, 2010, p. 13-14).

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 8) somente é possível falar em efetividade da tutela jurisdicional se for considerado o processo civil como um espelho daquilo que ocorre na sociedade e, desta forma, sendo reflexo do que se configura como interesses, reclamos e necessidades que venham a surgir, de forma a apresentar mecanismos idôneos para a resolução destes em juízo.

Rodolfo de Camargo Mancuso afirma (2000, p. 22):

Vale registrar uma tendência contemporânea à *relativização* dos escopos antes enunciados, sob a influência do sempre renovado apelo à *instrumentalidade* da relação processual, com a tônica sendo reafirmada na *efetividade* da resposta jurisdicional, em ordem a que as lides sejam compostas de modo *justo*, num tempo *razoável* e com o *menor custo*, e que ao final o processo propicie a *maior aproximação possível* entre o direito que assiste à parte, segundo a norma de regência, e o resultado prático decorrente do comando jurisdicional; ou seja, que ao final o processo não ofereça *sucedâneos* de direitos, ou prosaicos *prêmios de consolação*, senão que, segundo preceito *chiovendiano*, efetivamente assegure a *quem tenha um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo a que faz jus*.

O valor do processo, portanto, passou a ser mensurado pelos resultados práticos que é apto a alcançar. Ocorre que este avanço ainda não foi suficiente para alcançar a solução para as diferentes situações da vida que surgiram, ganharam relevo e se multiplicaram com as alterações políticas, sociais, econômicas e culturais que afloraram após a Segunda Guerra Mundial, quando surgem então novas demandas e novos sujeitos de direitos, tornando ainda mais tormentosa a questão da efetividade processual e dando maior ênfase ao necessário acesso à ordem jurídica justa (ALMEIDA, 2010, p. 16).

A partir de então, exige-se do Estado maior aptidão para a resolução dos conflitos, o que reflete diretamente na atuação do Poder Judiciário, notadamente para assegurar o direito material através do processo. O processo coletivo surge, então, nessa recente etapa evolutiva do direito processual civil, de forma a repensar o processo civil liberal, marcadamente individualista, para que passe a ser apto a atender às demandas sociais massificadas.

O processo, diante da necessidade de racionalização do processo judicial proveniente do surgimento de novas demandas para a proteção de interesses grupais e coletivos, bem como para a proteção de interesses de natureza social, deve apresentar soluções adequadas também para solucionar lesões a direitos metaindividuais, o que resulta no surgimento de princípios e institutos próprios. Trata-se do desenvolvimento do processo coletivo, que senão ocorre a criação de um processo especificamente coletivo, ao menos exige uma adaptação acentuada das categorias e institutos existentes (MANCUSO, 2000, p. 29).

Conforme afirma Antonio Gidi (1995, p. 57) o mero “transplante” para o processo coletivo dos institutos do processo civil tradicional não é suficiente. É preciso que sejam feitas as adaptações dos regimes jurídicos dos institutos para que haja o perfeito engajamento e conseqüente efetividade no exercício da jurisdição coletiva.

### **3.2 DAS AÇÕES COLETIVAS**

Diante da insuficiência da aplicação direta dos institutos do processo civil clássico ao processo coletivo, a necessidade de elaboração e aprovação de um código de processo civil coletivo, completamente adequado à tutela dos direitos coletivos, tem sido objeto de debates, especialmente porque, atualmente, as ações coletivas brasileiras submetem-se a, pelo menos, três diplomas legais: a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil.

A Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor formam um microsistema processual coletivo e, através dele, a defesa dos interesses coletivos ganhou mais efetividade com a facilitação do acesso do indivíduo a juízo através dos legitimados à propositura da ação coletiva. Observe-se que esse microsistema não protege somente os interesses dos consumidores, mas um sem número de direitos relevantes para a sociedade, como o meio ambiente, probidade administrativa, os direitos das crianças, dos idosos e dos deficientes físicos.

Por meio das ações coletivas passou-se a postular um novo enfoque para a paridade de condições entre os atores sociais através do tratamento coletivo de pretensões individuais que, em sendo propostas isolada e fragmentariamente, dificilmente teriam uma condução adequada (MANCUSO, 2000, p. 30).

A análise da forma de resolução proporcionada pela legislação hodierna ao fato social, caracterizado como lesão ao patrimônio jurídico coletivo, em contraposição à proteção conferida pelo ordenamento ao mesmo fato quando a proteção é individualmente considerada, é feita por meio da adaptação do processo coletivo aos dogmas e paradigmas existentes na ciência processual.

O direito processual civil tradicional, marcadamente individualista e estruturado em dogmas puramente jurídicos, abriu caminho para a realização dos escopos sociais e políticos da ordem processual, enfatizando-se o valor do acesso à justiça e da instrumentalidade do processo na busca da efetividade:

Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um processo de massa, com a proliferação dos meios de proteção a interesses supra individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um processo sem óbices econômicos e sociais ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também relativizar o valor das formas e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2002, p. 44).

Ante a ausência de uma codificação específica e adequada, a tendência é buscar a adaptação da processualística marcadamente individualista aos anseios da tutela coletiva, revendo e dimensionando até mesmo os óbices legítimos para que haja a transmigração do individual para o coletivo, sem desrespeito ao devido processo legal, em busca de um processo civil de resultados.

Assim, a ampliação da noção de acesso à justiça, de forma a englobar a efetividade dos direitos protegidos, quando se fala em conflitos metaindividuais, traz à voga a necessidade de ampliação da noção de judiciabilidade vinculada à titularidade.

Tradicionalmente, a relação jurídica é vista como uma forma de proteção dos direitos subjetivos individuais e não estaria habilitada à proteção dos interesses coletivos (BELLINETTI, 1997, p. 179). Com o surgimento da sociedade pluralista e reivindicante, movida por relações massificadas, é preciso pensar a relação jurídica

através de outro prisma, em que a preocupação é a tutela de posições jurídicas que se atrelam mais a relevância social do que à titularidade.

Segundo Luiz Fernando Bellinetti (1997, p. 179): “Uma perspectiva visa proteger os direitos subjetivos, tutelando-os individualmente; a outra objetiva preservar interesses do grupo social através da imposição do dever jurídico de abstenção da conduta que viole tais interesses”. As duas perspectivas, vale ressaltar, não se excluem, mas se complementam, especialmente quando inseridas na riqueza proporcionada pelos casos concretos.

Luiz Fernando Bellinetti (1997, p. 183) argumenta que perde sentido a bipolaridade da relação jurídica, devendo-se compreender que o que existe é “o ordenamento impondo o dever jurídico de respeito a determinados interesses do grupo social” e, desta feita, a titularidade deve ser vista como o poder de exigir o cumprimento do dever jurídico.

A noção tradicional de relação jurídica, portanto, é revisitada quando se trata da defesa, em juízo, de interesses coletivos:

Assim, no âmbito do direito material, a **titularidade** passa a ser apenas a vinculação do sujeito (ativo ou passivo) ao ordenamento; a **legitimidade** passa a significar o poder conferido pelo ordenamento para influir na criação ou aplicação da norma (ativa) ou para sujeitar-se ao dever jurídico nela estatuído (passiva); o **interesse** passa a significar as vantagens e desvantagens que a criação ou aplicação da norma podem trazer ao titular do poder ou do dever; a **capacidade** passa a significar a aptidão conferida pelo ordenamento para o efetivo cumprimento pessoal do dever ou a para efetiva influência pessoal na criação ou aplicação da norma; a **possibilidade física ou jurídica** passa a ser não do objeto, mas do fato determinado pela norma; finalmente, a **forma adequada** deve ser vista como o conjunto de requisitos materiais ou extrínsecos que devem estar presentes para que a atividade dos indivíduos possa existir ou ter eficácia perante o ordenamento (BELLINETTI, 1997, p. 185-186).

Deve-se inferir que os interesses para os quais a ação coletiva é o recurso jurisdicional hábil para a efetividade da tutela pretendida são interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>34</sup>, sendo válido destacar que o artigo 81, parágrafo

---

<sup>34</sup> Os interesses difusos se caracterizam pela indeterminação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto; intensa conflituosidade; duração efêmera, contingencial. Os sujeitos são indeterminados ao passo que a tutela não mais toma por base a titularidade, mas a relevância em si do interesse, ou seja, a sua relevância social. Tal relevância não mais advém da atribuição a um titular determinado, mas do fato de pertencer a uma pluralidade de sujeitos. São indivisíveis porque são insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis a pessoas ou grupos preestabelecidos. A intensa litigiosidade interna se deve ao fato de que tais direitos estão desagregados, disseminados entre segmentos sociais extensos, até por não possuírem um vínculo jurídico básico e de exsurgirem de aglutinações contingenciais contrapostas entre si, não se tratando, portanto, de controvérsias que envolvam situações jurídicas definidas, mas de litígios que tenham como causa remota verdadeiras escolhas políticas, em que todas as posições,



único do Código de Defesa do Consumidor apresenta o conceito e a distinção feita pelo legislador.

Importa destacar que a configuração dos interesses metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) “é uma decorrência do desenvolvimento social, em face da necessidade de poder resolver litígios de uma maneira coletiva, simplificando e tornando possível uma maior efetividade do Direito” (BELLINETTI, 1997, p. 195).

Não se defende, portanto, que teria ocorrido o surgimento de uma nova categoria de interesses<sup>35</sup> – o que se deve vislumbrar é o surgimento de um novo

---

na maioria das vezes, por mais contrastantes que sejam, pareçam plenamente sustentáveis. Os interesses difusos modificam-se ao sabor das circunstâncias, das situações fáticas que os tenham originado e não sendo exercitados ao tempo, segue-se a irreparabilidade da lesão. Por isso a efemeridade (MANCUSO, 2004, p. 93-110).

Os interesses coletivos distinguem-se dos interesses difusos por terem como características a determinação (ou possibilidade de determinação) de seus titulares, a indivisibilidade e por haver uma relação jurídica base entre os lesionados. De acordo com Kazuo Watanabe (in GRINOVER, 2011, p. 73) a relação jurídica base que une o grupo seria preexistente à lesão ou ameaça de lesão. Não é a relação jurídica nascida na própria lesão ou ameaça. O vínculo jurídico não se situa no próprio conteúdo da relação plurissubjetiva.

No que tange aos interesses individuais homogêneos, poder-se-ia dizer que pouco importa a existência ou não de uma relação jurídica base anterior: é um interesse que possui titulares determinados, de natureza divisível. O importante é que sejam interesses individuais decorrentes de origem comum. É uma relação nascida da lesão que se individualiza na pessoa de cada um dos prejudicados, ofendendo de modo diverso a esfera jurídica de cada um deles e possibilitando a determinabilidade dos sujeitos. O que caracteriza a homogeneidade do direito é a prevalência do aspecto coletivo sobre o individual. Nesse rumo (WATANABE in GRINOVER, 2011, p. 76): “A origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornaram a ‘origem comum’ de todos eles”. Prossegue Kazuo Watanabe (in GRINOVER, 2011, p. 76): “No entanto, como aponta Ada Pellegrini Grinover, a origem comum – sobretudo se for remota – pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade”. E ainda: “Ou seja, pode inexistir homogeneidade entre situações de fato e de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente. Será então necessário aferir a aplicabilidade, ao sistema brasileiro, do critério adotado nas *class actions* norte-americanas da “prevalência da dimensão coletiva sobre a individual” ” (WATANABE in GRINOVER, 2011, p. 76-77).

Com relação à distinção entre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos vale ainda trazer à baila a distinção apontada por Luiz Fernando Bellinetti (1997, p. 196): “Assim, podemos dizer que os interesses difusos são interesses indivisíveis de pessoas indeterminadas, ligadas entre si por mera relação fática; interesses coletivos são interesses indivisíveis de pessoas determináveis, ligadas entre si (v.g. membros de uma associação ou sindicato) ou com a parte contrária (v.g. alunos de uma escola, ou funcionários de uma fábrica) por uma relação jurídica base; e interesses individuais homogêneos são interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados englobadamente por derivarem de uma origem comum”.

<sup>35</sup> Norma Sueli Padilha (2006, p. 19-23) aponta a ocorrência de uma “ordem escalonada de coletivização crescente” em que, considerando o critério de ordenação dos interesses, progride-se desde os direitos individuais, passando pelos interesses sociais, coletivos, geral ou público, até os interesses difusos. Para a autora, a compreensão da escala crescente de coletivização possui estreita correlação com o desenvolvimento de um tipo de Estado que passou a ser denominado de Estado Social de Direito. Nota-se que a autora entende que houve o acolhimento no ordenamento de “direitos

prisma, uma maneira própria de abordar a solução jurisdicional dos interesses metaindividuais, através do processo coletivo.

O modelo processual clássico não mais corresponde às expectativas que são depositadas pela sociedade na resposta jurisdicional aos embates de grandes massas de interesses, num ambiente globalizado e cada vez mais competitivo e conflituoso. A máquina judiciária se agiganta e ainda assim não é capaz de acompanhar o aumento da demanda que ocorre em progressão geométrica, seguido por acúmulo alarmante e, conseqüentemente, duração excessiva dos processos, o que, por sua vez, ocasiona o desprestígio social da função judicante (MANCUSO, 2007, p. 79).

Rodolfo de Camargo Mancuso (2007) aponta a existência de uma *judiciabilidade difusa e prodigalizada* atomizada por uma *cultura demandista* presente no cenário brasileiro, o que é reflexo da crença de que todo conflito deverá ser resolvido pelo Poder Judiciário. O processo coletivo, por sua vez, surge como uma forma de proporcionar uma resposta judiciária única para a solução dos conflitos de largo espectro, visando evitar que estes venham ao Judiciário através de múltiplas ações individuais:

A jurisdição coletiva em seu contexto geral apresenta-se, antes de mais nada, como um *modo de ser* do braço judiciário do Estado, voltada a dirimir conflitos de largo espectro, em grande parte motivados ou pela inação/incompetência das instâncias administrativas que deveriam tê-los satisfatoriamente dirimido, ou pela oferta irregular/insuficiente das medidas e programas implementados. Por aí se vê que a Jurisdição coletiva revela-se como uma receptora de interesses e valores que, desatendidos ou mal manejados, vão *aumentando a pressão social*, operando assim a via judicial como uma sorte de *válvula de escape*, em boa parte porque as grandes tensões sociais e os mega-conflitos geralmente não encontram guarida oportuna e eficaz junto às instâncias do Executivo e do Legislativo, tirante certos expedientes de trâmite demorado e discutível praticidade, como projetos de lei de iniciativa popular, o plebiscito, as audiências públicas (MANCUSO, 2007, p. 85).

O clamor social por um instrumento adequado, tempestivo e eficaz para a tutela dos interesses metaindividuais ante a intensa conflituosidade interna inerente a tais interesses, traz ao Judiciário a função de decidir, diante do caso concreto, o interesse que deve ser preponderante, o que fortalece a ideia de um processo de interesse público e do caráter democrático e político do processo.

---

com conotação coletiva” (PADILHA, 2006, p. 31). A despeito da abordagem diferenciada, verifica-se que em consonância com o entendimento de Luiz Fernando Bellinetti (2007, p. 195) a autora defende que a “gradativa coletivização dos direitos” acompanha e decorre do desenvolvimento social.

### 3.3 ACESSO À JUSTIÇA E AÇÕES COLETIVAS

O acesso à justiça, mais que acesso ao Poder Judiciário, significa o acesso e a concretização do direito substancial buscado, naquilo que se passou a referir como o acesso à ordem jurídica justa. O fundamento constitucional da função jurisdicional não resguarda a mera solução processual das lides, mas o aprofundamento quanto aos vetores do conflito para se alcançar o efetivo julgamento e, por conseguinte, a solução pragmática para a demanda.

O acesso à justiça foi abordado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 12) como o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos e pelo crescente estudo do moderno processo civil, a par do reconhecimento, por parte dos juristas, de que as técnicas processuais servem a funções sociais, de que as cortes não devem ser as únicas formas de solução de conflitos a serem consideradas e que qualquer regulamentação processual tem importante efeito sobre a maneira como a lei substantiva opera.

Afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 13):

Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Quando se tem em mente os direitos coletivos, no entanto, o acesso à justiça assume uma conotação peculiar ante a característica fluida desses. Basicamente o que ocorre é que, diante dos interesses coletivos, muitas vezes, a busca individualizada pela solução jurídica pode gerar ainda maiores problemas ante a consolidação de situações individuais desiguais ou, em outro giro, não representar a lesão efetivamente gerada pelo infrator e, conseqüentemente, a condenação mostrar-se ineficiente para dissuadir o infrator ao cumprimento da lei.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 31) apontam três posições básicas que surgem com o escopo de solucionar os problemas de efetivo acesso à justiça, sendo elas, em sequência cronológica: a assistência judiciária; as “reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos”; e, a terceira posição

que seria uma concepção mais ampla de acesso à justiça, a qual englobaria as duas anteriores.

A ocorrência de uma verdadeira “revolução” dentro do processo civil é apontada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 49) na qual se nota a obsolescência da concepção tradicional do processo visto apenas como um assunto entre duas partes para a solução de uma controvérsia. É apontado (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50) um movimento mundial em direção aos litígios de direito público, o que acarreta alterações principalmente na legislação quanto à compreensão daquilo que se tem como legitimação ativa, cada vez mais possibilitando que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses coletivos. E, para a proteção de tais interesses, mister se fez a transformação do papel do juiz, da concepção do “direito de ser ouvido” e de coisa julgada, por exemplo. “A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 51).

Nota-se que com o incremento dos estudos pertinentes ao acesso à justiça, ocorreu igual incremento no estudo quanto à superação dos entraves que se constatou existir. Nesse ponto, as ações coletivas surgem como uma das formas de promoção do acesso à justiça ante a instrumentalização da defesa em juízo dos interesses coletivos e, desta forma, propiciar maior efetividade processual ante a ampliação do conceito da legitimação para agir e de uma interpretação menos rígida, ou até mais aberta de tantos outros institutos do direito processual para se possibilitar a tutela efetiva dos interesses coletivos:

Assim sendo, a tutela jurisdicional coletiva surgiu como forma de assegurar o acesso à Justiça a esses novos direitos e, dessa forma, auxiliar o combate à “crise da Justiça Civil”. Para tanto, algumas alterações foram imprescindíveis, tendo sido as mais sentidas nas áreas: (i) da legitimação ativa para a defesa dos direitos e interesses metaindividuais, já que a quantidade de lesados que determinado dano poderia atingir inviabilizava o seu comparecimento ou oitiva em juízo, o que demandava a eleição de um autor ideológico ou um representante adequado; (ii) da extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada, uma vez que passariam a afetar pessoas estranhas à lide; e (iii) da ampliação dos poderes instrutórios do juiz, o qual precisaria dispor de recursos capazes a evitar a lesão aos interesses tutelados e não apenas garantir o seu futuro ressarcimento, pois, uma vez consumada, no mais das vezes, sua reparação é impossível (ALMEIDA, 2010, p. 36-37).

A forma clássica de se defender os interesses em juízo, através da legitimação ordinária, segundo a qual o próprio titular do direito lesado defende os seus interesses, abre espaço para as hipóteses em que a titularidade da defesa em juízo está vinculada

a pessoa diversa do titular do direito material<sup>36</sup> (MAZZILLI, 2006, p. 59). Em razão de tal peculiaridade, na identificação do autor da demanda coletiva (elemento subjetivo de identificação da demanda), não se considera a sua identidade física ou institucional, mas a identidade da condição jurídica, ou seja, a posição do autor quanto à relação jurídica de direito material *sub judice* (LEONEL, 2002, p. 229).

Em outro prisma, tem-se ainda que nas ações coletivas, quanto aos elementos objetivos de identificação nas demandas coletivas (a causa de pedir e pedido), estes devem ser interpretados com a largueza suficiente, em proveito da questão de fundo, eis que diante da alta densidade social que envolve os interesses transindividuais, aceita-se maior mobilidade para o intérprete, para que o jurista possa buscar uma efetiva tutela para a comunidade (MAZZILLI, 2006, p. 126).

A causa de pedir nas ações coletivas não exige que se desça às minúcias do fato, basta que recaia sobre aspectos mais genéricos da conduta impugnada na ação: “basta a descrição da conduta genericamente, o dano causado de forma inespecífica, e o nexó entre ambos, sendo impossível a especificação da narrativa com relação a cada um dos lesados” (LEONEL, 2002, p. 232).

---

<sup>36</sup> A doutrina diverge quanto à denominação empregada para a legitimação conferida nas ações coletivas. A propósito, Hugo Nigro Mazzilli (2006, p. 59) a denomina como legitimação extraordinária ou anômala eis que, para o autor, ocorreria verdadeira hipótese de substituição processual, pois, mediante autorização legal, os legitimados iriam a juízo em nome próprio defender interesse alheio. Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, 259-265) a seu turno, defende se tratar de uma legitimação anômala, eis que, para o autor, ao se admitir uma legitimação autônoma, esta seria de tipo misto ou anômala. Explica Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 260) que a legitimidade conferida ao Ministério Público, aos entes políticos e seus órgãos descentralizados, bem como às associações velhas de um ano que tenham em seu estatuto pertinência temática, seria ordinária na parcela de interesse próprio que defendem e, extraordinária quando estão agindo como representantes ou substitutos dos demais sujeitos concernentes ao interesse metaindividual judicializado. Ricardo de Barros Leonel (2002, p. 161) por sua vez, defende a existência de uma legitimação autônoma quando se trata da defesa de interesses difusos e coletivos e, quanto à tutela dos interesses individuais homogêneos, a natureza extraordinária da legitimação, com verdadeira substituição processual no polo ativo. A posição de Ricardo de Barros Leonel (2002, p. 161) assemelha-se ao posicionamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (2004, p. 1.414) que defendem a existência de uma legitimação autônoma para a condução do processo. Adentrando a controvérsia, Antonio Gidi (1995, p. 43) afirma que não existiria diferença ontológica entre as ações coletivas que defendem direitos superindividuais e aquelas propostas em defesa de direitos individuais homogêneos pois, para ele, em ambos os casos há um titular (comunidade, coletividade ou conjunto de vítimas, tratando-se de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, respectivamente) e um outro legitimado (conforme previsão legislativa). É importante a posição de Antonio Gidi (1995, p. 39-40) quando esclarece que a discussão acerca da natureza jurídica da legitimidade ativa nas ações coletivas perdeu a razão de ser com o advento da Lei da Ação Civil Pública, uma vez que não havia previsão legal específica e então a “doutrina e jurisprudência debatiam não somente quem seria o legitimado a defender tais direitos em juízo, como também, e principalmente, se havia algum legitimado, afetando, em última análise, a própria possibilidade de tutela jurisdicional” (GIDI, 1995, p. 39), e prossegue afirmando que “não é tão relevante saber a que título se dá a proteção jurisdicional aos direitos superindividuais, mas se efetivamente se dá tal proteção” (GIDI, 1995, p. 39).

Com relação ao pedido, nas ações coletivas tem-se que a absoluta adstringência do julgado ao pedido tem sido revisitada ante a necessidade social e política, inerente a tais ações de esgotamento das soluções jurídicas a serem aplicadas. Afirma Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 439):

Verdade que essa absoluta adstringência do julgado ao pedido vem sendo objeto de uma releitura, ao influxo da proposta de uma jurisdição integral, que possibilite o aproveitamento máximo do processo instaurado, por modo que através dele se resolva tanto a lide – estabilizada ao final da fase postulatória – como também eventuais outros focos de conflito, intercorrentes ou periféricos, que venham ampliar o objeto do processo, seja por intervenção de terceiros, seja mesmo em virtude de possíveis acordos judiciais.

A importância do objeto discutido na lide coletiva faz com que a absoluta adstrição ao pedido não seja algo desejável. O artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, nesse sentido, permite a condenação genérica, o que é próprio e necessário ante a natureza indivisível do bem jurídico tutelado. A principal razão de ser da limitação cognitiva existente nas relações jurídicas que envolvem litígios individuais, consistente sobretudo na disponibilidade do direito tutelado, deixa de existir quando se fala em ações coletivas. Isso não significa, entretanto, que o princípio da demanda seja simplesmente afastado nas ações coletivas, ao revés, elas a tal princípio se sujeitam, bem como à correlação e congruência, porém de forma matizada<sup>37</sup>:

Essas peculiaridades do processo coletivo levam a que, na judicialização dos conflitos metaindividuais, veja-se com um certo elastério ou temperamento o

---

<sup>37</sup> De forma mais incisiva afirmam Renato Franco de Almeida e Aline Bayerl Coelho (2004) que o magistrado, nas ações coletivas, tem ampla cognição: “Isto porque, ao limitar o campo de conhecimento do juiz àquilo que efetivamente foi trazido ao processo pelas partes, a Lei Processual geral pátria (CPC), como de resto, as do mundo ocidental, deverá ser interpretada de modo que somente seja aplicada, no particular, aos casos de proteção de direitos individuais, ou seja, direitos que, além de ter como titular um indivíduo, somente a este interesse o exercício da função jurisdicional. Ao revés, tratando-se de demandas coletivas lato sensu, onde o interesse objeto do conflito toca à sociedade, como um todo indivisível, a um grupo determinável ou determinado de pessoas de forma indivisível ou a interesses divisíveis que pela relevância social interessa a boa parte da sociedade, o juiz não poderá ficar limitado a partes do conflito, notadamente aquelas trazidas a juízo”. E prosseguem: “Dessa forma, vislumbramos que o limite imposto à atividade de conhecimento judicial nas ações individuais – por força da natureza do direito material (disponível) – dará ensejo à uma revisão de tais conceitos no concernente às ações coletivas. Isto porque, se certo é que a natureza de disponibilidade do direito material implicará em limites ao conhecimento judicial exatamente porque o juiz não pode se imiscuir na vida privada – considerado o indivíduo como entidade absoluta – a aparição de novos direitos – desta feita, sociais – cuja titularidade se espalha por toda uma comunidade, sendo de difícil ou quase impossível a sua individuação, com âmbito de abrangência alargado, cuja importância para o convívio social extrapola e muito o mundo individual, tornará aqueles limites judiciais inexistentes – o que seria ideal – ou, quando menos, mitigado à razão da importância e densidade da *res in iudicium deducta*” (ALMEIDA; COELHO, 2004).

princípio da demanda ou o quesito da adstringência do julgado ao pedido: *a uma*, porque o autor não extrai sua legitimidade a partir da titularidade da pretensão material, a qual concerne a ou a um dado segmento social ou mesmo à inteira coletividade, podendo assim falar-se num “autor ideológico” (*ideological plaintiff*, nas *class actions* do direito norte-americano) ou, em qualquer sorte, num legitimado extraordinário; *a duas*, no processo coletivo não se trata, propriamente, de definir um vencedor e um vencido, mas antes, busca-se uma resposta judiciária ampla e exauriente, que resolva o conflito do modo mais integral possível, sem deixar resíduos conflituosos que, na sequência, engendrariam novas demandas. É que a ideia básica, na jurisdição coletiva, é que, através de um único processo se resolva o conflito concernente a um número importante de sujeitos (que mesmo podem ser indeterminados), em modo isonômico, e sob a melhor equação custo-benefício (MANCUSO, 2007, p. 441).

A busca pela efetividade do provimento jurisdicional resultante da tutela coletiva, em contraponto com a indisponibilidade do direito tutelado, proporciona um terreno fértil para que o entendimento com relação aos limites e formas de aplicação do princípio da demanda e da congruência sejam mitigados. Esta mitigação surge, justamente, ante as inovações e adaptações necessárias para a solidificação e efetividade do processo coletivo. O apego a minúcias formais nas ações coletivas, pode não resultar naquilo que se busca com as formalidades – proporcionar a formação adequada do contraditório e da ampla defesa – mas em fulminar a efetividade.

A visão que se tem quanto à aplicação do princípio da demanda e do princípio da congruência ou correlação é consentânea com a disciplina particularizada da coisa julgada nas ações coletivas<sup>38</sup>. Obtempere-se que a coisa julgada aparece como o

---

<sup>38</sup> Da leitura do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor pode-se inferir que o regime adotado para a coisa julgada foi o da coisa julgada *secundum eventus litis*, o que significa que os efeitos da coisa julgada a terceiros são condicionados ao resultado do processo. No caso de ações coletivas em defesa de interesses difusos, o inciso I do art. 103, determina que a sentença fará coisa julgada a todos, independentemente de fazerem ou não parte do litígio. A procedência da ação abrangerá toda a coletividade, e a improcedência, desde que não seja por falta de provas, impedirá nova propositura por qualquer dos legitimados. Quanto à coisa julgada na ação coletiva para defesa de interesses coletivos, nota-se que guarda relação estrita com os efeitos da coisa julgada quando se fala de interesses difusos, porém os efeitos da sentença se restringem aos membros da categoria ou classe ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. No caso dos direitos individuais homogêneos, quando o resultado da sentença for pela procedência da ação, atingirá efeitos *erga omnes*; e, em caso de improcedência, a coisa julgada terá seus limites subjetivos *inter partes*, só se operando entre as partes que efetivamente litigam no feito, não excluindo a possibilidade de nova propositura por outro legitimado. Deve-se frisar que no caso dos direitos individuais homogêneos, o ente que propôs a ação julgada improcedente não será legitimado para uma nova propositura, mesmo quando a improcedência for baseada em falta de provas. Nesse passo insta citar Marcelo Dawalibi (*in* MILARÉ, 2002, p. 578/579): “Com a nova disciplina trazida pela Lei 8.078/90, aplicada às normas já existentes na Lei 7.347/85, passou-se a ter as seguintes hipóteses possíveis no desfecho da ação civil pública: a) O processo é extinto sem o julgamento do mérito, ou seja, por sentença terminativa: a decisão não fará coisa julgada material, mas apenas formal, a exemplo do que ocorre nas demais ações; b) O pedido é julgado improcedente por deficiência de provas: a sentença, igualmente, não fará coisa julgada material, podendo o autor ou qualquer outro legitimado propor ação idêntica; c) O pedido é julgado

resultado de “um encadeamento e interação das ocorrências ao longo da relação processual” (MANCUSO, 2007, p. 441) eis que a coisa julgada tende a se formar ao longo de uma série de preclusões, no curso de todo o procedimento, até que se alcance a decisão de mérito e a superação das possibilidades recursais. O pedido serve como baliza para a faixa do universo coletivo na qual a carga eficaz da coisa julgada coletiva irá se fixar (MANCUSO, 2007, p. 445).

Não se pode olvidar que a eficácia da coisa julgada nas ações coletivas é expandida, pois os sujeitos são indeterminados e o objeto, por vezes, indivisível. Assim, os efeitos de uma decisão proferida no bojo de um processo coletivo têm relevância e complexidade, pois o conteúdo decisório se projeta para beneficiar pessoas que não participaram da relação processual (BELLINETTI; JAURIS, 2017b, p. 49).

Desta feita, a coisa julgada na jurisdição coletiva é diferenciada e não tem como ficar adstrita às partes, mas terá eficácia expandida, o que será mensurado exatamente pela dimensão e proporção do interesse judicializado (MANCUSO, 2007, p. 525).

A par disso, o que se tem é um terreno fértil para a maior maleabilidade dos institutos processuais, eis que o sucesso do processo é medido, sobretudo, e com grande enfoque nas ações coletivas, a par do resultado. A tutela jurisdicional e o escopo da jurisdição nas ações que defendem interesses coletivos não se reduz à queda dos números de feitos submetidos ao Judiciário. O que importa na tutela coletiva é a mudança efetiva da realidade social, econômica e cultural presentes e, para tanto, as normas do processo civil precisam acompanhar estes anseios e possibilitar ao magistrado as adaptações necessárias.

---

improcedente por outro motivo que não a deficiência de provas: a sentença fará coisa julgada material *erga omnes* (ou *ultra partes*), mas apenas em relação aos legitimados ativos para a ação civil pública. Os interessados individuais, componentes do grupo determinado ou indeterminado de pessoas representado na ação civil pública, não serão atingidos pela autoridade da coisa julgada, valendo o princípio geral *res alios iudicata nullum aliis praeiudicium facient*; d) O pedido é julgado procedente: a sentença fará coisa julgada *erga omnes* (ou *ultra partes*) em sua plenitude, inclusive para beneficiar os interessados individuais, que não precisarão ajuizar ações para a defesa de seus interesses, bastando, para tanto, que promovam a liquidação de seu crédito e a execução do mesmo (conforme o art. 103, §3º, *in fine*, do CDC)”.



### 3.4 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NAS AÇÕES QUE VISAM A TUTELA A INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

A complexidade da sociedade contemporânea, com entrelaçado desenvolvimento das relações econômicas de forma massificada, tem como consectário direto o surgimento de prejuízos, também massificados, com conflitos, muitas vezes, insolúveis a par de lides meramente individuais.

Com a jurisdição coletiva, o que se pretende, é evitar o fracionamento de conflitos através de uma resposta à demanda coletiva que seja hábil para a resolução também dos conflitos individuais nela contidos. Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 526) “o que se almeja no processo coletivo é justamente evitar o fracionamento do conflito, com uma resposta judiciária que, ao resolver a *demandamolécula*, resolva também as *demandas-átomo* que nelas se contêm”.

Desse modo, para que ocorra a almejada resolução do conflito coletivo, mister se faz que também o julgador consiga se sobrepor ao abismo existente entre a tutela tradicionalmente individualista e a tutela coletiva pretendida. Na tutela coletiva, a parte não age por si, mas pela coletividade e, como consectário lógico, a tutela jurisdicional resultante da demanda deve ser apta a reintegrar a coletividade, como um todo, ao gozo do interesse objeto da demanda.

Tão importante quanto prover a parte legitimada ativamente para a propositura da demanda de artifícios processuais hábeis para a promoção da representatividade adequada, é prover o magistrado de instrumentos para que a tutela buscada seja deferida de forma efetiva e apta à pacificação dos conflitos.

A garantia do contraditório e ampla defesa nos processos que envolvem interesses transindividuais, não pode ser transplantada da visão dessas garantias no processo tradicional, o qual tem como escopo, sobretudo, a proteção às pessoas individualmente consideradas – ao revés, deve se voltar à salvaguarda dos interesses da coletividade, do corpo social – de forma a harmonizar a ampla defesa e o contraditório com a necessidade de uma tutela completa e efetiva.

O devido processo legal coletivo deve observar a necessidade de desburocratizar o processo em busca de um devido processo social. A velha sistemática estritamente dogmática e mergulhada em um formalismo desvalorativo

exacerbado deve ser rechaçada em busca da efetividade (THAMAY, 2012, p. 516-517).

Mauro Cappelletti (1977, p. 128-159) afirma:

Estamos assistindo ao lento mas seguro declínio de uma concepção individualística do processo e da justiça. Todos os princípios, os conceitos, a estrutura, que eram radicais naquela concepção, parecem cada vez mais insuficientes a dar uma aceitável resposta ao problema de assegurar a necessária tutela por novos interesses difusos e de grupo, tornados vitais para a sociedade moderna.

Estamos assistindo, por outro lado, à aurora, embora penosa, de um novo pluralismo, que, no lugar da superada *summa divisio* entre público e privado, traz ainda no processo forma nova e múltipla de combinação e integração de iniciativas públicas e privadas, tecidas à salvaguarda dos interesses meta-individuais.

A temática inteira do Direito Judiciário está profundamente envolvida nestas radicais transformações, que incidem até no campo das mais antigas e fundamentais garantias processuais, como o direito de defesa e do contraditório. Na verdade, também no campo do "garantismo", que representou durante tantos anos a minha "fé" de processualista, assiste-se ao necessário movimento de uma forma nova que eu chamei de garantismo social ou coletivo, e que significa, exatamente, superioridade do garantismo entendido em senso individualístico tradicional.

De resto, através do problema dos poderes dos juízes e dos tipos e efeitos de suas providências, a grande metamorfose se expande ainda sobre a esfera do Direito substancial. A revolução inclui a concepção de coisa julgada, inclui a concepção de responsabilidade civil e de ressarcimento.

A tutela jurisdicional deve ser entendida como os efeitos que a decisão efetivamente produz fora do processo e sobre as relações que visa regular. Como tal, a decisão judicial, para ser efetiva, está sujeita às alterações sociais, sob pena de se tornar inapta aos fins a que se destina. Ao mesmo tempo, a decisão judicial, também tem o papel de influenciar a sociedade à qual é destinada e, neste plano, é responsável por promover verdadeiros avanços sociais. Nas duas hipóteses é imperativo que a decisão seja efetiva.

Nota-se que a metamorfose dos poderes atribuídos aos magistrados apontada por Mauro Cappelletti (1977, p. 128-159), com reflexos na concepção de coisa julgada, na concepção de responsabilidade civil e na concepção de ressarcimento acaba por gerar uma certa aproximação dos poderes conferidos aos juízes no sistema americano da *Common Law*.

Antonio Gidi (2007, p. 18) aponta como a razão do sucesso das ações coletivas no direito americano justamente o fato das normas processuais serem redigidas em uma linguagem desconcertantemente ampla, o que dá ensejo a uma extensa margem de discricionariedade e permite ao magistrado adaptar o processo às peculiaridades

de cada caso. Tal característica, prossegue Antonio Gidi (2007, p. 18), ao tempo em que faz do direito processual americano extremamente sensível às circunstâncias do caso concreto, também deixa as partes reféns das convicções pessoais de cada juiz.

O que se preconiza para as ações coletivas no processo coletivo brasileiro, por sua vez, é conferir ao magistrado mais liberdade de agir, afastando-se, no entanto, a arbitrariedade. O escopo é dotar o juiz do instrumental necessário para conduzir o processo de forma firme e no intuito final de dar cumprimento à decisão judicial sem, contudo, descuidar da legalidade e, como consectário, gerar paz social (THAMAY, 2012, p. 530).

De acordo com Mauro Cappelletti (1993, p. 59-60) cabe aos juízes a capacidade de crescer e enfrentar os desafios provenientes das lides coletivas, despindo-se das formas tradicionais reveladas inadequadas para se tornarem protetores dos direitos transindividuais. Para tanto, prossegue Mauro Cappelletti (1993, p. 60), é inevitável que os juízes assumam novas responsabilidades e lhes sejam atribuídos novos poderes, não apenas processuais, mas poderes criativos e de evolução jurisprudencial do direito.

Não se defende aqui que o magistrado assumira um papel revolucionário, que decida de forma contrária ao texto da lei ou desrespeite princípios caros ao Estado Democrático de Direito em nome da busca pela efetividade. O que se preconiza é o juiz apto a buscar soluções jurídicas socialmente eficazes “quando o sistema está a mostrar soluções tecnicamente viáveis e politicamente corretas” (NALINI, 1992, p. 60).

Assim, o acentuado papel atribuído ao Poder Judiciário é necessário para a eficácia da tutela coletiva, eis que está intrinsecamente vinculada à observância das considerações de natureza sociológica, ética e política. O juiz, desta feita, deverá estar atento aos resultados práticos e às implicações sociais da decisão, o que torna crucial a adoção de mecanismos aptos à formação da decisão, sem que converta em mera discricionariedade.

#### **4 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO PROCESSO TRANSINDIVIDUAL**

A aplicação das medidas estruturantes para a construção de decisões judiciais mais efetivas assume especial importância quando se tem em voga as ações coletivas, o que ocorre em razão da natureza da relação jurídica e do bem jurídico tutelado em tais ações.

O processo estrutural é vocacionado a atender os litígios estratégicos, entendidos estes como os que buscam, por meio do Poder Judiciário, alcançar mudanças sociais. Tais mudanças sociais, por sua vez, podem advir tanto da apreciação judicial de casos paradigmáticos, que tratem de matérias socialmente controvertidas, ou que busquem ser o estopim para a transformação através de mudanças legislativas ou de políticas públicas, através da formação de precedentes jurisprudenciais, quanto de decisões em que os valores constitucionais protegidos são unânimes, porém de difícil mensuração ou adequação social.

Os litígios estratégicos, por sua vez, caracterizam-se por serem dotados de impacto social e voltados para a promoção de mudanças sociais por meio do debate judicial. Ocorre que nem sempre a amplitude dos litígios estratégicos fica adstrita ao processo: a depender da dimensão do que é discutido poderá atingir os tomadores de decisão, os formuladores de políticas públicas e a sociedade em geral (PINTO, 2017, p. 391).

A decisão proferida em um litígio estratégico não representa a solução judicial para a lide – a solução da lide somente ocorrerá com a real implantação daquilo que decidido. Tiago Gagliano Pinto Alberto (2017, p. 61-62), sobre as decisões proferidas em litígios estruturais, assevera:

A compreensão dos provimentos judiciais decisórios enquanto atos de adjudicação de direitos passa por nova etapa no âmbito da processualística moderna. Se, tradicionalmente, tinha-se o microlitígio, o processo subjetivo e os conflitos individuais como padrão, atualmente a mesma situação já não se verifica. Danos coletivos, conflitos em massa, processos objetivos e decisões que ultrapassam a tradicional leitura de institutos como o princípio da correlação (ou congruência), litisconsórcio e coisa julgada, ademais do próprio papel do juiz, desafiam os juristas e fomentam a reanálise e discussão de meios e modos capazes de atingir, a um só tempo, a efetividade que se espera dos direitos fundamentais e a máxima plenitude das disposições constitucionais.

Nota-se que para que sejam veiculadas as pretensões inerentes aos litígios estratégicos é preciso uma conjuntura relativa aos fatos, às técnicas processuais empregadas, à legislação aplicável, dentre outros fatores. Portanto, tais demandas não são apropriadamente articuladas no formato tradicional individualista. É inerente ao litígio estratégico a natureza fluida do bem jurídico tutelado, razão pela qual, é crucial a veiculação através de demandas coletivas.

A reforma estrutural é, sobretudo, um modelo constitucional de solução de controvérsias. Tal modelo é posicionado por Owen Fiss (2017, p. 65) em um plano moral com ação legislativa e executiva, moldado pela função jurisdicional e pelo cenário social. O modo estrutural envolve o distanciamento de uma forma ideal ou de um padrão usual de solução de controvérsias e no foco está o juiz e seu esforço para conferir significado aos valores públicos (FISS, 2017, p. 41).

As condições da vida social e o papel que as grandes organizações exercem são cruciais nos processos estruturais. Eventos particularizados que gerem lesões individuais não são o foco, ainda que tenham como sustentáculo um valor público ao qual se pretenda dar significado. Em outras palavras, o preconceito direcionado a uma determinada criança não aceita em uma certa instituição de ensino por ser portadora de necessidades especiais, em si, a despeito da inegável prática discriminatória, não tem interferência direta do processo estrutural pois se trata de uma lesão que poderá ser solucionada, a contento, através de um processo individual. O que é importante para o processo estrutural é a condição social que possibilite a subsistência, dentro do seio social, deste tipo de ameaça aos valores constitucionalmente consagrados.

O papel da decisão judicial em um processo estrutural é justamente impulsionar a mudança dos hábitos sociais que consentem ou que tornam a violação constitucional imperceptível. Desde a fábrica que emite poluentes, mas que é aceita e bem vista pela população em razão dos benefícios econômicos que proporciona, até delimitar o que pode, ou não, caracterizar ofensa aos padrões exigidos pela constituição quanto às condições carcerárias. A riqueza e massificação das relações sociais aliadas aos influxos do poder estatal na órbita particular, somente densificam a importância dos processos estruturais.

Charles Duhigg (2012, p. 231) aponta que os movimentos sociais, para que se tornem autopropulsores e venham a atingir uma massa crítica, deverão passar por um processo que envolve três estágios: o começo, o avanço e a continuidade. O começo do movimento se daria em razão dos hábitos sociais de amizade e dos laços fortes

entre conhecidos próximos. O avanço do movimento, por sua vez, se daria em função dos hábitos de uma comunidade e dos laços fracos de vizinhança e clãs. E, a continuidade do movimento, seria consequência de um novo senso de identidade e um sentimento de propriedade desencadeado a partir de novos hábitos conferidos à população pelos líderes dos movimentos.

As medidas estruturantes têm grande importância no aspecto da eficácia das decisões judiciais, justamente em razão de terem como um dos principais aspectos a formação de novos hábitos sociais.

Ao apontar as diretivas para a concretização de um direito adjudicado ou de um novo significado empregado a determinado valor público, mediante ações programadas, graduais, dialogadas e que se protraiam no tempo – as medidas estruturantes acabam por conduzir a população (que é, muitas vezes, beneficiária e destinatária da ordem, a um só tempo), por si, a deflagrar a mudança buscada.

“O objeto da medida estrutural não é eliminar a ‘violação’ no sentido implícito no princípio determinante, mas eliminar a ameaça imposta pela organização dos valores constitucionais”, afirma Owen Fiss (2017, p. 71). Deve-se ter em voga que ao magistrado, no momento de construir a decisão que tenha como escopo eliminar a ameaça acima apontada por Owen Fiss, abre-se uma gama de opções de provimentos, bem como de condutas a direcionar.

Vejamos. Em uma ação civil pública que tenha como causa de pedir o derramamento de rejeitos poluentes no leito de um rio por uma indústria têxtil – que além de poluir o manancial, ainda provoca fortes odores, o que gera além de desconfortos, risco à população local – o magistrado poderá determinar a paralisação das atividades da indústria, até que o problema seja resolvido. Essa solução, a despeito de eliminar a violação, poderia gerar perplexidades: a indústria poderia ter um colapso financeiro e gerar desemprego para parte da população local ou, até mesmo, decidir fechar suas portas (e quem sabe até retomar suas atividades em outra sede ou com outra denominação social).

O juiz poderia ainda aplicar uma sanção financeira, com aumentos progressivos e periodicidade, o que sendo uma medida aplicada isoladamente poderia gerar consequências semelhantes às aquelas acima apontadas – igualmente haveria uma sanção pela violação, porém, o escopo que é cessar a poluição, provavelmente não seria alcançado.

Com uma decisão estruturada se busca justamente permitir, através da interpretação conferida aos valores constitucionais, no caso em apreço, de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e promoção da ordem econômica, dar significação a tais valores. Com base em diálogos, estudos interdisciplinares e uma análise pormenorizada da situação de fato, o ideal é que se busque a construção de uma solução viável, a qual poderia se dar através da determinação de uma obrigação de fazer à indústria consistente em construir uma estação de tratamento dos resíduos, em prazos e formato exequíveis, bem como a implantação de benefícios à população prejudicada, como a revitalização das áreas atingidas, por exemplo.

Obtempere-se que nas três hipóteses a causa de pedir, consistente na emissão de poluentes em desacordo com a legislação ambiental, teria sido tutelada de forma a cessar a violação. No entanto, as duas primeiras soluções não seriam eficientes, no sentido de que trariam consequências indesejadas no plano econômico e gerariam sentimento de desamparo à comunidade, ao passo que ainda poderiam não representar solução permanente (a atividade poderia voltar a ser desenvolvida em outro local ou sob outra denominação).

É oportuno ressaltar que uma decisão estruturada, para sua formação, depende de maior aprofundamento dos meandros e não apenas do fato que configura a causa de pedir da demanda. Muitas vezes, conhecimentos que *a prima facie* nada interessariam ao objeto da lide podem alterar completamente a visão quanto à efetividade da decisão. No exemplo da indústria que lança poluentes no rio, é importante ter informações, por exemplo, no que tange à área construída da indústria, e se seria possível, em termos espaciais, geográficos e ambientais, a inserção da estação de tratamento de capacidade compatível com os resíduos gerados pela empresa; se o tratamento providenciado pela estação seria suficiente para que água estivesse apta a ser devolvida ao manancial, dentre outros detalhes que somente a riqueza dos casos concretos poderiam vir a delimitar.

Em outro giro, para que a aplicação das medidas estruturantes das decisões judiciais seja bem-sucedida, mais que um magistrado apto para tanto e comprometido com um julgamento gerencial da demanda, é preciso a participação e cooperação das partes, do Ministério Público, do Poder Executivo, e, em determinadas hipóteses, até mesmo do Poder Legislativo. A construção de soluções em processos estruturais, passa pelo reconhecimento de valores públicos, mas para que ocorra a efetividade da decisão, é necessário ir muito além.

#### 4.1 SOBRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DO CARVÃO

Um excelente exemplo, na jurisprudência brasileira, de decisão estruturante proferida em sede de ação coletiva foi a sentença proferida na ação civil pública nº. 93.80.00533-4 (SC)<sup>39</sup>, conhecida por ação civil pública do carvão. Na sentença foi determinado que os réus oferecessem, no prazo de seis meses, um projeto de recuperação da área, que deveria contemplar todos os itens necessários para a recuperação da região, cronograma de etapas, a obrigação de observância das empresas às normas de proteção ambiental, impondo aos órgãos de fiscalização o dever de apresentar relatórios de fiscalização, além de ter fixado multa cominatória e medida de sub-rogação da obrigação. O acompanhamento da execução do julgado, inclusive, passou a ser feito através de um sítio eletrônico para que fosse de livre acesso à população.

É de bom alvitre tecer algumas considerações acerca da execução desse julgado, a qual, fundada em uma condenação que ainda não tinha seus contornos completamente delineados (obrigação de reparar o dano através da elaboração e execução de um projeto de recuperação da área degradada) – eis que não se sabia o que precisaria ser feito e sequer a extensão da área degradada com exatidão – foi desdobrada em fases e em vários procedimentos autônomos (ARENHART, 2015, p. 224).

Primeiramente foram colhidas as informações e delimitado o problema de forma que pudessem ser adotadas medidas mais concretas direcionadas ao cumprimento da obrigação de reparar o meio ambiente degradado. Num segundo momento, o Ministério Público Federal, valendo-se de sua assessoria técnica conjuntamente com o Departamento Nacional de Produção Mineral e com o Ministério do Meio Ambiente, adotou medidas para padronizar os projetos trazidos pelas executadas e definiu quais medidas deveriam ser adotadas pelas mesmas. Na terceira etapa, os réus foram compelidos a apresentar os projetos conforme as padronizações e individualizações definidas pelo Ministério Público Federal, quando então se definiu exatamente as

---

<sup>39</sup> Íntegra do julgamento disponível em: <<https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/admin/imagens/noticias/file/acp%2000-25439.pdf>> Acesso em 01 de maio de 2017.



medidas concretas cabíveis a cada executado, tornando possível cobrar ações específicas de cada réu (ARENHART, 2015, p. 224-225).

A partir de então, sabendo o que seria possível cobrar de cada um dos réus, criou-se um Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo, formado por representantes técnicos de todas as partes e por sujeitos externos ligados à questão ambiental, para definir, de forma consensual, as estratégias, métodos e técnicas empregadas, visando à recuperação ambiental. Tal grupo também passou a monitorar as consequências da adoção das medidas para a redução da poluição e definiu cronogramas de atividades de recuperação ambiental (ARENHART, 2015, p. 225).

Por derradeiro, tem-se a quarta etapa do cumprimento da sentença, consistente na implementação dos cronogramas e dos projetos de recuperação ambiental. Esta fase pautou-se numa atuação conjunta com as partes, com os técnicos e pela construção de soluções consensuais (ARENHART, 2015, p. 225).

O que se pode observar é que na ação civil pública do carvão foram utilizadas diversas soluções singulares, com o escopo de conferir efetividade à sentença. Tais soluções foram aplicadas nos mais diversos momentos processuais: tanto na formação da sentença, que estabeleceu uma obrigação de fazer (reparar o dano) e apontou o caminho que deveria ser trilhado para que tal desiderato fosse cumprido (elaboração e execução de um projeto de recuperação do meio ambiente degradado), até o cumprimento provisório da sentença (que foi cindido em quatro fases, já elucidadas, em razão da complexidade do objeto).

Pode-se inferir, portanto, que não há uma delimitação ou restrição prévia à aplicação das medidas estruturantes, que podem ser empregadas e prolatadas nos mais diversos momentos processuais: em sede de tutela antecipada, em decisões cautelares, em sentença e, até mesmo, em sede de cumprimento de sentença ou em execução (dos compromissos de ajustamento de conduta, por exemplo).

Nesse sentido, a legislação brasileira, mais especificamente o artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015<sup>40</sup>, ao alargar os poderes atribuídos ao magistrado, não oferece qualquer restrição relativa a momento processual em que os

---

<sup>40</sup> “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

poderes ali conferidos podem ser aplicados. O que se deve ter em vista é a necessidade e viabilidade de que sejam determinadas medidas estruturantes desde a tutela antecipada, por exemplo.

#### **4.2 THE COLUMBIA BASIN SALMON SAGA – O CASO DO SALMÃO NA BACIA DE COLUMBIA**

*The Columbia Basin Salmon Saga* é um caso paradigmático de ação coletiva em que, a despeito da aplicação de medidas estruturantes pelo magistrado em suas decisões, bem como na execução do julgado, ainda assim, a efetividade da decisão judicial não foi atingida a contento, em grande parte em razão da participação insatisfatória dos órgãos governamentais de proteção ao meio ambiente e da legislação americana.

A Bacia do rio Columbia costumava ser um dos maiores viveiros naturais de salmão do mundo. Ocorre que, com a implantação de hidroelétricas, as conseqüentes mudanças nos cursos dos rios, bem como o desenvolvimento da navegação e irrigação tendo por base a bacia de Columbia, deu-se o comprometimento dos movimentos migratórios necessários para a preservação da espécie, além do aumento da temperatura da água, o que também prejudicou a procriação. Estima-se que tenha ocorrido redução de cerca de 80% (oitenta por cento) do quantitativo da espécie no local (BLUMM; PAULSEN, 2013, p. 92-94).

Na área, a política do governo federal norte-americano optou por favorecer os interesses pertinentes à geração de energia, em manifesto prejuízo à preservação das espécies de salmão selvagem. Esses fatos fizeram com que a questão se tornasse um litígio de direito público<sup>41</sup>, e, através disso, o Judiciário passou a ser competente para avaliar se os atos do governo eram ou não compatíveis com os valores públicos (BLUMM; PAULSEN, 2013, p. 108).

O litígio durou mais de duas décadas (o primeiro plano federal de recomposição foi elaborado em 1993), envolveu um grande número de partes interessadas, tais

---

<sup>41</sup> No direito americano a expressão cunhada é *public law litigation*, que difere da forma tradicional de adjudicação em razão de ter um objeto mais amplo, estruturado, voltado para as condições futuras e preocupado com as conseqüências públicas. Caracteriza ainda o conceito de *public law litigation* a busca por soluções negociadas, e o fato do juiz assumir a responsabilidade de avaliar os fatos de forma a moldar o litígio para garantir resultados ajustáveis e viáveis (BLUMM; PAULSEN, 2013, p. 107).

como representantes de agências governamentais, dos Estados, das indústrias, de institutos de proteção ambiental, dentre outros, além de ter afetado milhões de pessoas (BLUMM; PAULSEN, 2013, p. 109).

O caso representou um exemplo claro de um julgamento gerencial, representado pelos esforços engendrados pelo Juiz James Redden, voltados à efetividade, tais como a realização de conferências com os advogados, exigência de relatórios de implementação e promoção de estudos sobre a questão. O Juiz Redden buscou utilizar diversas inovações para a solução do caso, tais como o uso de técnicos e conselheiros para a compreensão das complexidades científicas e as possíveis soluções, a aplicação da técnica de proferir ordens específicas, e de se antecipar a alguns problemas a fim de evitar futuros litígios (BLUMM; PAULSEN, 2013, p. 147).

A despeito de todos os esforços, o magistrado precisou rejeitar consecutivamente três planos federais de recuperação (BiOp – *federal biological opinion*), elaborados nos anos 2000, 2004 e 2008/2010. As rejeições do juiz fundaram-se na necessidade de seguir um plano que fosse hábil a evitar a extinção dos salmões selvagens e litígios futuros. O magistrado considerou que os planos eram superficiais e ante a falta de vontade demonstrada pelas agências envolvidas, como consequência, os resultados da fiscalização judicial contínua foram decepcionantes (BLUMM; PAULSEN, 2013, p. 145-149).

No caso em apreço, o que se nota é que a efetividade desejada não foi alcançada em razão, sobretudo, do envolvimento insubsistente das agências federais, especialmente ao não contemplar, nos planos ofertados em juízo, medidas necessárias e suficientes para se promover a efetiva recuperação da vida selvagem.

Tratou-se, portanto, de uma ação que envolveu um valor público a ser efetivado consistente na proteção da espécie em extinção, o qual sequer é controverso ou representa um avanço na mentalidade social. As barreiras enfrentadas, na hipótese, além da situação de fato (as usinas hidroelétricas já estavam construídas há muito tempo, portanto, o dano já estava consolidado), houve também a questão econômica. O enfrentamento de forma efetiva da questão ambiental atingiria os interesses econômicos de maneira contundente, eis que passaria por mudanças drásticas na estrutura criada em torno do dano.

A despeito da aplicação das técnicas recomendadas e da fiscalização empreendida na efetivação do valor público reconhecido judicialmente, o descompromisso das partes e o pouco apoio dos Poderes Executivo e Legislativo à

questão, deram causa à ineficácia da decisão. Não houve inaptidão dos procedimentos adotados, os quais, a despeito de não terem alcançado os objetivos almejados, foram bem aplicados. Aqui tem-se uma situação em que, mesmo sendo corretamente aplicadas as medidas estruturantes, a falta de apoio político à questão fez com que ocorresse a falha na efetividade.

O caso representa um protótipo quanto à limitação da capacidade judicial em situações que envolvam, especialmente, a recomposição do meio ambiente. Afirmam Michael C. Blumm e Aurora Paulsen (2013, p. 148) que a saga do salmão na Bacia do Rio Columbia provavelmente é um exemplo paradigmático dos limites da revisão judicial para efetivar mudanças reais nos casos complexos que envolvem recursos naturais, especialmente quando as agências administrativas são verdadeiros adversários das mudanças.

Obtemperem-se que não se trata de inaptidão das medidas estruturantes para esta questão, mas sobreposição indesejada dos fatores políticos aos jurídicos, sobreposição esta que não conseguiu ser neutralizada através da adoção do processo estrutural.

O escopo do processo estrutural é justamente construir soluções aptas a promover a neutralização das oposições à efetividade das decisões, sejam estas oposições políticas, econômicas, fáticas, sociais ou culturais.

#### **4.3 AS MEDIDAS ESTRUTURANTES COMO FORMA ADEQUADA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRANSINDIVIDUAIS**

A efetividade do processo, vista como a capacidade do processo de servir no plano do direito material, tem sido, paulatinamente, alçada a valor fundamental pela doutrina. Em outro giro, o texto normativo é prescritivo e o magistrado, ao promover a interpretação, deve mover-se pelo reconhecimento dos valores públicos nela contidos e pelo desejo de obter a eficácia.

No caso *Brown v. Board of Education of Topeka* os juízes, mais do que declarar a igualdade, precisaram determinar o que seria o ideal de igualdade racial e compô-lo com os demais valores consagrados no texto constitucional. Definido o valor a ser alcançado, resta ao magistrado traçar o caminho que deverá ser percorrido para que o objetivo seja atingido. Para que seja feito o esboço desse caminho o juiz, muitas vezes, precisará de apoio técnico e científico, poderá contar com auxílio das próprias

partes, de órgãos governamentais, dentre outros. Diante dessa conjuntura, no entanto, ainda assim, a responsabilidade pela reestruturação social competirá ao magistrado.

Owen Fiss (2017, p. 241) afirma: “A Constituição estabelece os valores e as instituições encarregadas de expressá-los, mas não é uma fonte significativa para a compreensão de como esses valores podem ser efetivamente implementados”. Porém, a realização prática do valor estabelecido constitucionalmente significa, em si, o próprio valor.

Por outro lado, uma das críticas que se faz à implementação<sup>42</sup> pelo Poder Judiciário dos direitos de segunda geração é justamente a falta de efetividade (TUSHNET, 2011, p. 178). Os direitos de segunda geração, no mais das vezes, coincidem com aqueles que vão a juízo através das ações coletivas e cuja realização do direito material exige o reconhecimento e estruturação. A aplicação das medidas estruturantes visa justamente fulminar a inefetividade apontada por Mark Tushnet como o calcanhar de Aquiles.

Nota-se, ainda, que a despeito de primordialmente as medidas estruturantes serem reconhecidas pela doutrina em decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, seja em controle difuso ou concentrado, tanto na Suprema Corte Estadunidense<sup>43</sup> quanto os exemplos paradigmáticos presentes na jurisprudência brasileira<sup>44</sup>, nada obsta que tais medidas sejam aplicadas em outros formatos, tais como as ações coletivas ajuizadas por quaisquer dos legitimados perante o juízo singular.

Obtemperem-se que as ações de controle concentrado de constitucionalidade figuram dentre os elementos da tutela coletiva dos direitos, ao passo que as sentenças

---

<sup>42</sup> Mark Tushnet (2011, p. 178) aponta como objeções a divisão de funções dos poderes, gastos e a inefetividade.

<sup>43</sup> O caso *Brown v. Board of Education of Topeka (1954)* foi justamente a interpretação à Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos que preconiza a igualdade, perante a doutrina *separate but equal* aplicada à época.

<sup>44</sup> Os principais casos paradigmáticos citados pela doutrina (JOBIM, 2013, p. 157-169) são a ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510, que analisou a constitucionalidade do artigo 5º da lei de biossegurança; a ação direta de inconstitucionalidade n. 4.277 e a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132, que versaram sobre a união estável de pessoas do mesmo sexo; a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54, que tratou do aborto do feto anencefálico; a ação popular n. 3.388 que decidiu quanto a demarcação das terras indígenas conhecida como caso Raposa Serra do Sol; e o mandado de injunção n. 708, que tratou do direito de greve dos servidores públicos civis.

de mérito proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, além de diretamente tutelarem a ordem jurídica, indiretamente autorizam ou desautorizam a incidência da norma sobre os fatos jurídicos, considerando-se a dimensão instrumental e a eficácia vinculante das decisões (ZAVASCKI, 2007, p. 61).

Desta feita, o que se observa é que a releitura de alguns institutos processuais irá resultar na compatibilidade do uso das medidas estruturantes das decisões judiciais na construção de soluções adequadas para os conflitos transindividuais e, conseqüentemente, irá trazer aos cidadãos relações jurídicas mais transparentes e perenes, ante a maior efetividade das decisões judiciais. Para que sejam efetivas, as decisões proferidas em tutela transindividual deverão, portanto, prever as formas de estruturar, no plano material, o resultado prático.

## CONCLUSÃO

A capacidade de adequação do Direito para solucionar as singularidades dos conflitos que têm surgido em razão da complexidade do mundo contemporâneo tem sido questionada ante as radicais alterações sociais que exigem transformações do sistema jurídico em idênticas proporções.

Conceitos baseados em fórmulas estanques e modelos fechados de institutos processuais já não são compatíveis com a realidade social globalizada. O universo jurídico exige que o pensamento seja moldado para atuar perante conflitos advindos dos interesses transindividuais com intensa conflituosidade e que exigem efetividade.

Nessa temática, o que se pretendeu demonstrar, no presente trabalho, é a adequação das medidas estruturantes das decisões judiciais como forma de se conferir efetividade às decisões que resolvam conflitos transindividuais. Compete, então, resgatar as conclusões basilares deste estudo, de maneira a mencionar as diretrizes que o guiaram e extrair os fundamentos para justificar a aplicabilidade das medidas estruturantes como forma de conferir efetividade às decisões judiciais proferidas em conflitos coletivos que envolvam os interesses transindividuais:

1. O Direito, entendido como uma forma de organizar o convívio social e a conduta humana exteriorizada, tem como escopo possibilitar a coexistência pacífica e o aperfeiçoamento humano. Para tanto, o Direito deve sistematizar a visão social do justo, o que envolve os aspectos normativo, fático e axiológico;

2. O exercício da jurisdição, perante os desafios que a sociedade contemporânea globalizada impõe ao sistema jurídico, tem como principal papel dotar de significado os valores constitucionais e, ao mesmo tempo, conformá-los às necessidades fáticas e de direito material que pretendam suprir;

3. E, ao fazê-lo, deve-se considerar que o Direito, sendo um fenômeno decisional, funda-se em escolhas as quais, por sua vez, baseiam-se no sistema normativo e nos valores legitimados pela sociedade. Uma das variáveis que importam para a formação da efetividade da decisão judicial, e que não pode ser desconsiderada, é a adaptação desta à realidade social em que se encontra inserida;

4. As medidas estruturantes são diretivas para a concretização de um direito adjudicado através de uma decisão judicial que o faz de forma programada, gradual e prolongada no tempo, com o escopo de produzir efetividade e adequação à realidade econômica, cultural e social;

5. A utilização das medidas estruturantes deverá ocorrer nos casos em que uma resposta direta e imediata não seja compatível com a solução do conflito, tais como nas hipóteses em que a justiça ou conteúdo material da decisão sejam questionados socialmente ou quando pela natureza do conteúdo da decisão, esta seja irreversível e precise ser efetivada;

6. O caso *Brown v. Board of Education of Topeka* é paradigmático para as medidas estruturantes, eis que além de reconhecer o direito dos negros ingressarem em escolas antes reservadas aos brancos, acabou por determinar a aplicação, em larga escala, de uma política pública de dessegregação. Tal decisão foi baseada em estudos interdisciplinares, em diálogos institucionais, com ampla cognição e teve sua execução de forma progressiva e sob a supervisão das cortes locais, o que possibilitou a criação de planos adequados às peculiaridades de cada lugar. Prestigiou-se a visão da decisão como um instrumento de efetividade;

7. A estrutura processual tradicional, de raízes liberais e individualistas, é ineficiente para lidar com o processo estrutural. As ações estruturantes não obedecem a uma lógica estanque, baseadas em uma tríade individualista, portanto, não se coadunam com uma interpretação restritiva dos princípios da demanda e da correlação;

8. As medidas estruturantes poderão ser aplicadas em quaisquer provimentos decisórios. O que define quando deverá ocorrer o uso das medidas estruturantes é o conteúdo material da decisão, e não a classificação formal ou o momento processual em que é proferida. São aplicáveis as medidas estruturantes também nas hipóteses de julgamento parcial do mérito;

9. Não há ofensa à Constituição ante a aparente contradição entre a utilização dos provimentos estruturais e a ideia da divisão pragmática entre as funções estatais. Isto ocorre porque o uso das medidas estruturantes pode ser reputado como um dos mecanismos de controle do poder estatal, portanto, perfeitamente adequado ao sistema constitucional;

10. A garantia constitucional de acesso à justiça tem como um dos seus formatos de materialização a busca por soluções justas e ferramentas jurídicas adequadas, tudo em busca da efetividade. Desta feita, o processo estrutural, entendido como instrumento de busca da tutela adequada, é consentâneo com a visão de acesso à justiça;



11. A presença das cláusulas gerais, as quais conferem mobilidade ao sistema legal e abertura semântica, por si, já habilitam a inserção das medidas estruturantes da decisão perante a sistemática do Código de Processo Civil de 2015. No mesmo sentido, a previsão da tutela específica das obrigações ou equivalente ao resultado prático, prevista nos artigos 497, 499 e 500 do Código de Processo Civil de 2015, também funcionam como um permissivo para a estruturação das decisões judiciais;

12. A cláusula geral da colaboração, presente no artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015, estabelece novo eixo sistemático para o desenvolvimento do processo, baseado em um modelo cooperativo e estruturado nos deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio. A colaboração representa uma mudança epistemológica quanto à visão do processo, materializada através de mecanismos como a flexibilização procedimental, o saneamento compartilhado, a abertura a utilização de meios alternativos de solução de litígios, a cláusula geral de negociação processual, a distribuição dinâmica e a possibilidade de inversão convencional do ônus da prova, dentre outros;

13. A decisão judicial baseada no modelo colaborativo de processo, passa a ser vista como produto de um efetivo diálogo entre uma comunidade de trabalho formada pelos sujeitos processuais, visão favorável à aplicação dos provimentos estruturantes;

14. A alteração do eixo estrutural do processo civil para uma estrutura colaborativa e formada por uma comunidade de trabalho, representa uma mudança epistemológica de grande importância para a aplicação das medidas estruturantes no direito brasileiro;

15. O uso das medidas estruturantes também possui acolhimento constitucional, através da cláusula do devido processo legal na qual está insito o direito à efetividade da jurisdição;

16. No direito brasileiro é possível a aplicação das medidas estruturantes, tanto por permissivo constitucional quanto infraconstitucional, não apenas em litígios estratégicos ou de impacto, mas também quando o tema vergastado é socialmente controvertido, o que seria obstáculo a uma solução estanque, pronta e acabada;

17. A atual fase de desenvolvimento da ciência processual, em que se privilegia os escopos metajurídicos e as funções econômicas e sociais do processo, é o ambiente propício para desenvolvimento do processo coletivo. A ideia de um interesse

público e do caráter democrático e político inerente ao processo faz com que as ações coletivas sejam cruciais para a tutela jurisdicional;

18. As ações coletivas passam a ser vistas como uma das formas de promoção do acesso à justiça, eis que são verdadeiros instrumentos de defesa em juízo dos interesses transindividuais. A ampliação do conceito de legitimação para agir, dos efeitos da coisa julgada, dos poderes conferidos aos magistrados e o alargamento daquilo que se compreende como os elementos objetivos de identificação das demandas coletivas compreendem a conjuntura ideal para o desenvolvimento das ações coletivas;

19. Diante das peculiaridades das lides coletivas, pode-se constatar uma alteração substancial quanto ao papel dos magistrados. Em busca de soluções jurídicas socialmente eficazes, os juízes deverão assumir novas responsabilidades e lhes são atribuídos novos poderes, sobretudo poderes criativos e de evolução jurisprudencial do direito;

20. A aplicação das medidas estruturantes das decisões judiciais, ante a natureza das relações jurídicas e dos bens jurídicos tutelados nas ações coletivas, assume especial função na busca pela efetividade;

21. O sucesso dos processos estruturais, ante a natureza fluida do bem jurídico tutelado, depende de uma série de fatores, dentre eles, a condição social em que é proferida a decisão, a presença de um magistrado apto e comprometido com o julgamento gerencial da demanda, a participação e cooperação das partes, Ministério Público, Poder Executivo e, porventura, do Poder Legislativo. Tais fatores são exemplificativos e somente diante do caso concreto se pode definir quais incidirão efetivamente;

22. O processo estrutural tem como escopo construir soluções aptas a neutralizar as eventuais oposições – sejam elas políticas, econômicas, fáticas, sociais ou culturais – à efetividade das decisões judiciais;

23. Não existem impedimentos no sistema jurídico brasileiro para a aplicação das medidas estruturantes nas decisões que tutelam interesses transindividuais proferida em sede de ações coletivas. As decisões proferidas em tutela transindividual, ante a conflituosidade interna que as caracteriza, para que alcancem a almejada efetividade deverão prever as formas de estruturação da decisão no plano fático;

24. As ações coletivas, portanto, são propícias ao processo estrutural e têm nas medidas estruturantes um instrumento crucial para a efetividade, inclusive na função de prevenir novos conflitos.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de. Interpretação. *AJURIS*, Porto Alegre: ano 16, n. 45, p. 7, 20 mar. 1989.

ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Decisões estruturais e argumentação*. 2014. (Apresentação de Trabalho/Congresso). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa36dd3f38345315>> Acesso em: 29 abr.2017.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Lacunas jurídicas e direito: a função judicial estabilizadora da decisão jurídica*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2010.

ALMEIDA, Renato Franco de. COELHO, Aline Bayerl. Princípio da demanda nas ações coletivas do Estado Social de Direito. *Revista Jus Navigandi*. Teresina: ano 9, n. 188, 10 jan. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4709>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

ALVES, Silva Gustavo; REZENDE, Priscilla Correa de; VICENZA, Bruna. As ações coletivas como espécie de litígio estratégico: um diálogo com a luta social por reconhecimento de Axel Ronneth. *Revista Jurídica Direito & Paz*. Lorena: ano XVIII, n. 34, p. 209-236, 2016. Disponível em: <<http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/351/253>> Acesso 08 mai. 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. 2013 Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

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

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, p. 211-232, 2015. Disponível em: <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>>. Acesso em: 28 de abr. 2017.

BAUERMANN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de Segurança coletivo: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro*. 1997. 285 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1997.

BELLINETTI, Luiz Fernando. JAURIS, Renata Bolzan. Medidas estruturantes da decisão e controle judicial de políticas públicas. In: VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI. PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I, 2017, Braga-Portugal. Anais ... Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 69-85.

BELLINETTI, Luiz Fernando. JAURIS, Renata Bolzan. Aplicabilidade do julgamento fracionado do mérito nas ações civis públicas para a defesa de interesses transindividuais. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*. Brasília: v. 3, n. 1, p. 35 – 52, jan/jun 2017b

Disponível em:  
 <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/1999>>.  
 Acesso em: 16 abr. 2018.

BENEDUZI, Renato Resende. *Comentários do código de processo civil: artigos 70 ao 187*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BLUMM, Michael C.; PAULSEN, Aurora. The Role of the Judge in ESA Implementation: District Judge James Redden and the Columbia Basin Salmon Saga. *Stanford Environmental Law Journal*. Stanford: Stanford University, v. 32, n. 87, p. 87-149, 2013. Disponível em: <<https://law.stanford.edu/publications/the-role-of-the-judge-in-esa-implementation-district-judge-james-redden-and-the-columbia-basin-salmon-saga/>> Acesso em: 30 ago. 2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. 1977. Disponível em:  
 <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc60000016568a580c871617a40&docguid=l39fc0b20f25711dfab6f010000000000&hitguid=l39fc0b20f25711dfab6f010000000000&spos=25&epos=25&td=26&context=30&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>  
 > Acesso em: 23 ago. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CASTELO, Fernando Alcântara. Direito à saúde e decisões estruturais: por uma judicialização mais racional e eficiente. *Revista de Processo*, São Paulo: Editora RT, v. 274, n. 42, p. 317- 342, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER; Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários do código de processo civil: artigos 188 ao 293*. v.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. ZANETI JÚNIOR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM; Marco Félix. (Orgs.) *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 353-368.

DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1

DINAMARCO, Cândido Rangel. O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil brasileira. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 247, n. 40, p. 63-103, set. 2015.

DUHIGG, Charles. *O poder do hábito: por que fazemos o que fazemos na vida e nos negócios*. Tradução de Rafael Mantovani. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica: direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, n. 93, 1979.

FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington & London: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Tradução de Carlos Alberto de Salles. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2017.

FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*; In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.) *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, p. 25-51, 2017b.

FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, §1º, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 247, n. 40, p. 105-136, set. 2015.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). 10. ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.v. II



JAUROS, Renata Bolzan; SGARBI, Vivian Martins. Novos desafios do acesso à Justiça: contraponto à jurisprudência defensiva. In: SCHIER, Paulo Ricardo (Coord.). *Estado Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 259-277.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Justiça, validade e eficácia das normas jurídicas. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *A validade e eficácia das normas jurídicas*. Barueri: Manole, 2005, p. 1-61.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 782, n. 89, p. 20 – 47, dez. 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Comentários do código de processo civil: artigos 1º ao 69*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org). *Processo civil: leituras complementares*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7347/1985 :15 anos*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. Fundamentos para uma teoria de decisão judicial. In: XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Manaus, 2006. Florianópolis, Anais... 2006. p. 6104 - 61235. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia\\_servilha\\_monteiro.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf)> Acesso em; 07 abr. 2018.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NALINI, José Renato. O juiz e a proteção dos interesses difusos. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*. São Paulo, v. 38, p. 7, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 245-276.

PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINTO, Henrique Alves. O enquadramento das decisões estruturais no novo código de processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, vol. 271, n. 42. p. 369-402. set. 2017.

PORTO, Mário Moacyr. Estética do direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: vol. 69, n. 541, p. 11-16, nov. 1980. Disponível em: <<https://portal.tce.pb.gov.br/2011/05/estetica-do-direito/>> Acesso em: 24 de jan. 2018.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Patenot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Luiz Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. As *structural injunctions* e o direito processual brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.) *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, p. 511-539, 2017.

ROCHA, Cesar Asfor. *Cartas a um jovem juiz: cada processo hospeda uma vida*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

THAMAY, Rennan Faria. Os princípios do processo coletivo. In: ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. (Orgs.) *Processo Coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 511-530, 2012.

TUSHNET, Mark. Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century. *NUJS LAW REVIEW*. [S. l.] n. 177, p. 177- 187, abr.-jun. 2011.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.) *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, p. 369-422, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Há vários caminhos para o juiz? *Revista Judiciária do Paraná*. AMAPAR, Curitiba: Bonijuris, ano IX, n. 7. p. 91-99, maio 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal: 1 Região*, [S. l.: s.n.] v. 7, n. 3, p. 15- 32, jul./set. 1995. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15394-15395-1-PB.pdf>> Acesso em: 2 maio 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.