



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

Breves considerações sobre os processos estruturais¹

Brief comments on structural injunctions

Francisco de Barros e Silva Neto

PhD at Federal University of Pernambuco. Professor of Civil Procedure Law at Federal University of Pernambuco. Federal Judge.

Resumo: O ensaio aborda questões ligadas à disciplina dos processos estruturais no direito brasileiro, com ênfase para os problemas relativos aos vários ciclos de decisões, à participação dos interessados no processo e à formação de coisa julgada material.

Abstract: The essay deals with issues related to the discipline of structural injunctions in Brazilian law, with emphasis on the problems related to the various cycles of decisions, the participation of those interested in the process and the formation of res judicata.

Palavras-chave: Processos estruturais – ciclos de decisão – participação processual – coisa julgada.

1. Participação do autor no painel “Processos Estruturais” na Reunião Anual da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, em Teresina/PI, novembro de 2018. Acrescentaram-se as referências bibliográficas e algumas notas, a partir dos debates.

Key words: Structural injunctions - cycles of decisions - procedural participation - res judicata.

Sumário: 1. Introdução 2. Uma abordagem conceitual. Consequências advindas da técnica do “ciclo de decisões” 3.1. A definição do objeto do processo 3.2. A estabilização do julgamento 3.3 O desempenho concomitante de atividades de cognição e de execução.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente agradeço ao Presidente da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, Dr. Pedro Henrique Nogueira, pelo convite para participar deste painel sobre o tema dos processos estruturais, na companhia do Prof. Marco Félix Jobim e do Prof. Pedro Bentes Pinheiro Filho.

Pensar nos processos estruturais me recorda uma conhecida tela do pintor Norman Rockwell, *“The problem we all live with”*, onde retrata uma criança negra, Ruby Bridges, seguindo para a escola, com uniforme e material escolar, escoltada por agentes federais (*“marshalls”*) na década de 1960.

Essa obra de arte – que reflete as consequências do julgamento do famoso caso *“Brown x Board of Education of Topeka”*, em meados da década de 1950 – é um registro perene da capacidade de organização da sociedade civil e do papel que pode (e deve) ser desempenhado pelo Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais. Se as decisões judiciais se mostraram insuficientes para erradicar o racismo, endêmico não apenas naquela comunidade, contribuíram para reduzir as desigualdades e para enfraquecer gradativamente o modelo do *“separate but equal”*.

2. UMA ABORDAGEM CONCEITUAL

A força simbólica de *“Brown x Board of Education”* é tão significativa que as suas características foram utilizadas para descrever um novo modelo de processo, os chamados processos estruturais².

De fato, ao se referir a essa forma de atuação do Poder Judiciário, a doutrina enfatiza: a) a forte incidência de princípios constitucionais; b) a necessidade de se reestruturar uma instituição ou política pública; c) a existência de vários ciclos de decisões (v. g., *“Brown II”* e *“Brown III”*); d) uma maior carga de ativismo judicial.

O precedente permite o acesso a um espaço multidisciplinar, onde se cruzam estudos de ciência política, sociologia, teoria da linguagem, direito, dentre outras áreas do conhecimento humano³. Sob essa ótica, a categoria dos processos estruturais não se esgota, obviamente, no campo das técnicas e dos institutos processuais.

2. Cf. FISS, Owen. *Um novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

3. No Brasil, essa pluralidade de perspectivas resta clara, por exemplo, na coletânea de ensaios coordenada por Sergio Arenhart e Marco Félix Jobim (ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017).

Devido, entretanto, à necessidade de seccionar esse objeto de estudo, pois a brevidade desta fala não permite uma análise multifocal, optamos pelo caminho do Processo Civil: a primeira pergunta a ser feita, portanto, diz respeito ao que de diferente podemos enxergar em “*Brown x Board of Education*”, para além de outros processos judiciais, sobretudo para além dos “outros” processos coletivos, que também podem produzir um forte impacto na vida social.

Como ponto de partida, parece-nos que a hipercomplexidade do tema abordado naquele precedente produziu dois fenômenos interligados: a) a impossibilidade de compreensão integral do problema (diria, de “compreensão holística” do funcionamento daquela instituição ou política), sobretudo na fase de conhecimento e b) conseqüentemente, a necessidade de se deslocar parte do processo decisório para etapas posteriores. É o que Sergio Arenhart denomina de decisões “em cascata”⁴.

Observe-se que há processos judiciais, onde se discutem temas de forte impacto nas instituições públicas, em que tais características não se mostram presentes. Como exemplo, a controvérsia acerca das doações eleitorais realizadas por pessoas jurídicas, proibidas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal⁵. Não se pode negar que os votos vencedores se fundamentaram em diversos princípios constitucionais, nem mesmo que houve uma certa dose de ativismo judicial. Mas, de um modo ou de outro, não foi necessária a intervenção continuada do Poder Judiciário, mediante “ciclos de decisões” ou “decisões em cascata”.

Por outro lado, caso a técnica dos “ciclos de decisões” se entronize como um dos centros de gravidade deste novo modelo, é de se admitir, como o fazem Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria, a inclusão – no gênero dos processos estruturais – de feitos onde se discutem “apenas” interesses privados, como paradigmaticamente os processos falimentares⁶. Também podem ser inseridos processos judiciais, por vezes promovidos pelo Poder Público, para reestruturar o modo de funcionamento de determinados setores da economia, quando não se mostra suficiente o exercício do poder de polícia⁷.

4. ARENHART, Sergio. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de processo*, v. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 400.
5. *Vide* ADI 4.650, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, DJe-034, 24/02/2016.
6. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 358. Em sentido semelhante, Gustavo Osna acrescenta os casos de proteção da concorrência, regulados pela Lei n. 12.529, de 2011 (Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 194 ss.).
7. Neste sentido, por exemplo, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA promoveu diversas ações civis públicas voltadas diretamente à esfera jurídica de usinas sucroalcooleiras do Nordeste, a fim de reorganizarem o seu ciclo produtivo, sem se voltar propriamente contra os procedimentos de licenciamento ambiental adotados pelo órgão estadual competente.

Enfim, isoladas estas características, com relativa abstração das demais, o processo estrutural sofreria uma abertura conceitual: deixaria de ser uma subcategoria dos litígios coletivos ou mesmo dos litígios de direito público, dispersando-se transversalmente sobre tais setores⁸. Com o perdão pelo chiste, a chave de leitura desta categoria passaria a ser a própria estrutura do processo estrutural.

Visto sob essa ótica, é possível perceber que o processo estrutural pode sê-lo: a) apenas parcialmente: é dizer, seguir o modelo estrutural apenas quanto a um ou alguns dos capítulos da demanda e adotar a lógica tradicional de resolução de litígios quanto ao restante⁹; b) mais ou menos intenso: conforme a quantidade e a qualidade dos pontos remetidos para as etapas posteriores do “ciclo de decisão”¹⁰.

À semelhança do que ocorre nas obras de engenharia – e se cuida de uma simples metáfora, antes que os colegas ultragarantistas tomem esta expressão como defesa de uma “engenharia social” a ser praticada pelos juízes – no processo estrutural demanda-se um projeto base e um ou mais projetos executivos. No primeiro, fixam-se as características conceituais da obra e o desempenho que se almeja para o produto final. No(s) outro(s), descrevem-se os elementos técnicos, executivos e operacionais, que guiarão as intervenções humanas necessárias ao atingimento daquele fim. Obviamente não há uma fronteira rígida entre as duas atividades, sendo os seus limites fixados casuisticamente, a partir das possibilidades do caso concreto, sem prejuízo de uma área intermediária, onde características de ambos os projetos podem coexistir.

No processo estrutural, a sentença ou acórdão (que, em tese, poria termo à fase de cognição do processo) contenta-se com a fixação de conteúdos gerais¹¹. Nas palavras de Arenhart, trata-se de uma “decisão núcleo”¹², da qual partirão em seguida os “projetos executivos”, destinados à sua implementação. A sentença assume o feitio

8. Em sentido contrário, limitando o modelo a uma espécie do gênero dos processos coletivos, vide VERBIC, Francisco. *Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina – dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 65.
9. Não há, no momento, previsão de rito especial para os processos estruturais, embora não se descuide do Projeto de Lei n. 8.058/2014, em tramitação na Câmara dos Deputados, que cria regras processuais e procedimentais específicas para a resolução desses litígios.
10. Não se pode comparar, por exemplo, a falência de uma empresa de médio porte com a resolução da questão carcerária brasileira, embora em ambos os casos existam elementos de reforma estrutural, caso aceita a abertura conceitual dantes mencionada.
11. PUGA, Mariela. *La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 86. Edilson Vitorelli adverte para o risco de, proferida uma sentença genérica, a parte ré alegar em fase de cumprimento que as providências impostas pelo juízo da execução não estão contidas no título (Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 405).
12. ARENHART, Sergio. *Op. cit.*, p. 400.

de uma norma princípio (um resultado a ser alcançado, uma meta) e não apenas de uma norma regra (“condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido”¹³).

3. CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DA TÉCNICA DO “CICLO DE DECISÕES”

Fixada essa premissa – de que o tema dos processos estruturais pode ser analisado a partir da técnica dos “ciclos de decisões”, com relativa abstração de suas demais características – é necessário indagar se as regras processuais brasileiras são adequadas a esse modelo de atuação do Poder Judiciário.

Diante da escassez do tempo, proponho nos atermos basicamente a três problemas: a) a definição do objeto do processo; b) a estabilização do julgamento; c) o desempenho concomitante de atividades de cognição e de execução.

3.1. A definição do objeto do processo

Como mencionado anteriormente, uma das características da hipercomplexidade do litígio estrutural consiste na impossibilidade de compreendê-lo holisticamente, sobretudo na fase de conhecimento, o que gera a impossibilidade de se preverem, de logo, todos os comportamentos humanos necessários à resolução do problema.

Se essa incapacidade se projeta no momento do julgamento, com mais razão ainda se apresenta quando da formulação do pedido, não sendo razoável impor-se ao autor o ônus de descrever de modo detalhado e preciso o comportamento que espera do réu.

O Código de Processo Civil, em seu art. 324, §1º, admite a formulação de pedido genérico “quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato” (inciso II), bem como “quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu” (inciso III). Em princípio, tais regras se prestam a salvaguardar a posição da parte autora, em face da relativa indefinição do objeto do processo estrutural.

Entretanto, podemos imaginar um contexto em que o autor – propositalmente ou sem se aperceber das características estruturais do litígio – não se utilize dessa prerrogativa (de diminuição do seu ônus de argumentação específica) e, ao redigir a petição inicial, atribua ao seu pedido contornos mais restritos do que recomendaria a prudência, ou mesmo opte por uma demanda de feição tipicamente individualista, quando o conflito apresenta características estruturais.

Para os casos mais simples, a doutrina sugere ao magistrado flexibilizar o princípio da congruência externa¹⁴, proferindo sentença que poderia ser vista, em outros

13. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 356.

14. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 361; ARENHART, Sergio. *Op. cit.*, p. 398.

contextos, como “*extra petita*”, mas que atende sobremaneira aos bens jurídicos em jogo. Em síntese, caber-lhe-ia desprezar o excesso de especificações da petição inicial, recebendo o pedido de modo mais fluido e aberto, com ênfase para a dimensão mediata da pretensão.

A técnica se mostra adequada, conquanto possa causar surpresa à parte autora. É como se ela encomendasse uma tela de Franz Post sobre os engenhos de cana-de-açúcar (perdoem o bairrismo) e recebesse uma tela de Cícero Dias sobre a mesma temática, com um ganho de cores e formas geométricas, mas com evidente distanciamento do real. Ainda que o julgamento não se ultime com a sentença ou acórdão, protraindo-se nos ciclos decisórios posteriores, é necessário que se observem os deveres de cooperação, ouvindo-se as partes antes dessa releitura da petição inicial.

Um cenário mais problemático ocorre quando a parte formula o pedido com matizes estritamente individualistas, em face de litígio vincadamente estrutural, ou seja, quando o mencionado vício se mostra de modo mais intenso e seu conserto demandaria mais do que a atenuação dos laços da congruência externa. Um exemplo talvez nos ajude a organizar o pensamento.

Na década de 1980, a União ingressou com algumas ações demolitórias em face de ocupantes da área dos Montes Guararapes, em Pernambuco, objeto de tombamento pela então Subsecretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. As instâncias ordinárias julgaram improcedente o pedido, ao fundamento de que, diante da coletividade assentada no local, a demolição isolada de alguns imóveis não se mostraria consentânea com o objetivo de recuperar a visibilidade e a ambiência do bem tombado. No mesmo sentido, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça anos depois¹⁵.

Dito de outro modo, a União, ao traçar os limites da demanda, seccionou o litígio, que dizia respeito à ocupação de uma área de mais de trezentos e cinquenta hectares, convertendo-o artificialmente em conflitos menores, tópicos e individualizados. É dizer: preferiu atuar de modo atomizado ou, na feliz expressão de Edilson Vitorelli, preferiu uma reforma estrutural “à conta gotas”¹⁶.

Sobre a regularidade desse corte, *ad instar* do que se observa no microssistema dos processos coletivos, onde um mesmo evento pode dar origem concomitantemente a pretensões individuais e a pretensões coletivas, também no que tange aos litígios estruturais é possível a convivência de ambos os tipos de pretensão (estruturantes e individualizadas).

Embora a eficiência do sistema aponte para a atribuição de primazia ao modelo de reforma estrutural (que evita a proliferação de demandas e a falta de sintonia

15. REsp 33.599/PE, Rel. Min. José de Jesus Filho, Segunda Turma, j. 17/10/1994, DJ 07/11/1994, p. 30015.

16. VITORELLI, Edilson. *Op. cit.*, p. 401.

entre as decisões adotadas, permitindo uma coordenação mais abrangente das ações a serem desenvolvidas), em alguns contextos, a fim de se garantir o acesso à Justiça, não se nega ao titular do direito a possibilidade de demandá-lo isoladamente, mesmo quando o problema ultrapassa os limites do seu caso concreto.

Nestes casos, o sistema é colocado em uma saia justa: ou permite formas menos eficientes de ação, ou força o titular de determinada pretensão a assumir os custos de uma demanda estrutural, sobrecarregando-o ao ponto de tornar inviável a realização de seu direito individual. Um exemplo cotidiano desse fenômeno se dá na judicialização da saúde, facultando-se ao portador de determinada doença demandar individualmente os entes públicos, a fim de obter o respectivo tratamento, sem prejuízo da possibilidade, admitida pelo sistema, de se buscar judicialmente a reestruturação dessa política pública (o que, reitera-se, traria resultados mais adequados do ponto de vista social e organizacional).

Em outros contextos, porém, a proteção dos bens jurídicos em jogo não pode ser obtida senão pela reforma estrutural, restando inócua qualquer tentativa de seccionamento ou de individualização. No caso trazido à baila, a demolição isolada de alguns imóveis não seria suficiente para a recuperação da visibilidade e da ambiência do bem tombado. Seria necessário se reestruturar a ocupação de toda a área do Parque Histórico Nacional dos Montes Guararapes: seria necessário que o processo, portanto, assumisse feições estruturais¹⁷, inclusive com a recomposição dos seus polos de interesse, permitindo-se a participação dos moradores, comerciantes e demais pessoas e entidades afetadas pelo litígio, diretamente ou mediante representação adequada.

Se, naquele primeiro contexto, a possibilidade de manuseio do processo estrutural não inviabiliza a litigância individual (sob pena, reitera-se, de se restringir a garantia de acesso à jurisdição), neste outro cenário há questões estruturais a cujo respeito não se admite a análise individualizada, por um franco juízo de inadequação.

Conclui-se que nem sempre se mostra possível à parte autora escolher entre ambos os caminhos ou buscar a sua coexistência¹⁸. Nestes casos, cumpre ao magistrado instar o autor a adaptar a sua petição inicial ao modelo correto, sob pena de se obstar o seu recebimento¹⁹.

17. Assim como não há no sistema brasileiro técnicas de conversão do processo individual em coletivo (a última tentativa neste sentido foi obstada pelo veto presidencial aos arts. 333 e 1.105, II, do Código de Processo Civil), também não há ferramenta expressa que permita se “estruturalizar” uma demanda de perfil individualista. Uma solução possível seria a partir do permissivo geral do art. 190 do CPC, caso a conversão contasse com a anuência de todas as partes.

18. Em sentido semelhante, afirma Jordão Violin que “a natureza estrutural de uma demanda não decorre da vontade dos sujeitos, mas das características da causa” (*Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 321).

19. Há, neste ponto, uma ressalva a ser feita àquele julgamento do Superior Tribunal de Justiça: a improcedência do pedido não se sustenta. Diante da falta de aptidão do pedido, no que diz respeito

3.2. A estabilização do julgamento

Como dantes mencionado, diante da impossibilidade de se preverem todos os comportamentos humanos necessários para se atingirem os resultados impostos para a salvaguarda do sistema jurídico, convém que a sentença assuma também uma menor carga de densidade, consignando o estado de coisas almejado (necessário para a preservação dos bens jurídicos em jogo) e as diretrizes adotadas para o seu processo de implementação²⁰.

A questão que se põe neste momento consiste no gradiente de estabilidade a ser atribuído ao conteúdo das sentenças que impõem reformas estruturais ou, dito de outro modo, se a coisa julgada se opera nestes casos nos mesmos moldes tradicionais.

Em uma primeira impressão, a existência de um ciclo de decisões não seria suficiente para se afastar o mecanismo clássico de estabilização dos julgados, sujeitando-o apenas a se desenvolver por etapas, como um sistema de eclusas ou, reaproveitando-se conhecida metáfora, tal qual um romance em cadeia, onde não de ser respeitados os capítulos anteriores da estória.

Adotada essa premissa, o conteúdo da sentença não poderia ser rediscutido na fase de execução; do mesmo modo, a cada ciclo de decisões, ocorrendo a preclusão, determinado grupo de questões se tornaria imune a futuras rediscussões, com o claro objetivo de se manter a marcha do processo sempre adiante, evitando-se a reabertura de debates já encerrados. Haveria apenas, diante de mudanças no contexto fático ou jurídico, a possibilidade de se invocar a cláusula “*rebus sic stantibus*”, procedendo-se à revisão (e, por assim dizer, à atualização) dos comandos sentenciados que não se mostrassem mais consentâneos com a realidade.

Entretanto, à semelhança do que se comentou acerca da petição inicial, é lícito supor que, propositalmente ou não, a sentença ou acórdão possa exorbitar sua momentânea função, regulamentando desnecessariamente o comportamento futuro dos envolvidos. Também não se mostra improvável que possa conter diretrizes genéricas, compatíveis os bens jurídicos em jogo, mas pragmaticamente inexecutáveis. Desatenção, incúria, excesso de inocência – e teremos uma decisão incapaz de reger a reforma estrutural.

Diante de um comando judicial apenas posteriormente percebido como inoportuno, caberia à parte autora exercer discricionariamente a prerrogativa de não executar o julgado ou de desistir da execução em curso (art. 775 do CPC). No caso de inexecutabilidade, ressalvadas as hipóteses legais de aproveitamento (conversão de obrigação específica em perdas e danos, por exemplo), o jogo também retornaria ao ponto de partida²¹.

à proteção dos bens jurídicos defendidos pela União, deveria ser inadmitida a petição inicial, caso a autora não a reformulasse tempestivamente, após regular intimação.

20. Jordão Violin menciona a emissão de “ordens contingentes, adaptáveis às dificuldades que surgirem durante o processo de reforma” (*op. cit.*, p. 341).

21. Sobre a “liquidação de valor zero”, vide DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.4. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 626-627.

Estas soluções, a olhos vistos, não se adequam ao universo das reformas estruturais. Como adverte Sérgio Arenhart, há “conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas”²², o que importa dizer que o seu contexto futuro padece de pouca previsibilidade. Assim, as medidas adotadas no julgamento podem vir a ser adequadas ou não, exequíveis ou não.

Por isso, Edilson Vitorelli sugere que, “quanto mais complexo for o litígio, mais dúctil deve ser a coisa julgada”²³. E aduz: “a implementação da reforma estrutural submete-se a uma cláusula *rebus sic stantibus* que vai além das alterações fáticas típicas de uma relação de trato sucessivo”²⁴.

A hipercomplexidade dos litígios estruturais não recomenda a adoção de um modelo rigoroso de estabilizações, embora a inscrição deste item no rol – cada vez maior – de hipóteses de “flexibilização da coisa julgada” demande certo cuidado, sobretudo à míngua de dispositivo legal que o preveja.

A *vexata quaestio* deixa de ser a possibilidade ou não de se dissolver uma determinação judicial em casos de litígios estruturais: o problema se põe na dimensão do “quando”: quando “as condições foram alteradas o suficiente para justificar uma modificação?”²⁵

Nos casos de coisa julgada “inconstitucional”, a supressão da eficácia da sentença parte de um evento claramente determinado (a prévia existência de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal acerca da norma impugnada, em sentido contrário ao adotado no título judicial, consoante os arts. 525, §§ 12 a 15, e 535, §§ 5º a 8º, do CPC). A desconsideração da coisa julgada em ações de filiação, ao seu turno, encontra fundamento no progresso da ciência e na disponibilidade de exames genéticos de elevada capacidade de resposta, o que lhe permite atuar em hipóteses claras e excepcionais, nas quais o julgamento anterior foi proferido com insuficiência de provas²⁶.

A mitigação da coisa julgada em litígios estruturais se apoia em bases menos seguras, pois assente em um novo juízo acerca da conveniência e da adequação das medidas adotadas no julgamento anterior. Diferentemente daqueles outros casos, não existe uma chave de leitura, dotada de objetividade, que controle o acesso à flexibilização. Por isso, submetemos ao debate algumas diretrizes que talvez permitam um maior nível de segurança nessa tarefa.

22. ARENHART, Sergio. *Op. cit.*, p. 398.

23. *Op. cit.*, p. 407.

24. *Op. cit.*, p. 408.

25. FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 49.

26. RE 363889, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02/06/2011, p. 16/12/2011.

Primeiro, quanto mais próximo o tema a ser rediscutido se situe do núcleo do julgamento (e aqui me refiro ao “projeto base”, à “decisão núcleo” etc.), maior deve ser o ônus argumentativo necessário para que se reabra o debate. O esforço argumentativo para se rediscutirem as metas a serem alcançadas, por exemplo, deve ser maior que o requerido para a alteração de condutas específicas, impostas – propositalmente ou não – pela sentença ou pelas decisões anteriores, destinadas a se atingir o estado de coisas ideal. Talvez possamos dizer que essa mudança de itinerário seja menos gravosa que a alteração do destino final, o que nos traz a níveis diferentes de rigor quanto à justificativa adotada para a alteração do julgado.

Segundo, a alteração do julgamento se permite, em princípio, em um sentido vetorial único: de se propiciar maior eficácia ao que foi definido no núcleo da decisão. As alterações devem propiciar idêntica ou maior salvaguarda aos bens jurídicos considerados preponderantes naquele julgamento, mediante operações com menor custo, maior eficácia e/ou menor sacrifício a outros bens jurídicos relevantes. Trata-se de diretriz similar àquela da vedação ao retrocesso²⁷, posta para se evitar que a flexibilização da coisa julgada se preste como instrumento de bloqueio político à efetivação do julgado ou que possa ser veiculada para a mera repristinação de argumentos ultrapassados. Neste ponto, mudanças mais incisivas no núcleo da decisão apenas se justificariam pela inclusão de novas variáveis – é dizer: de novos bens jurídicos dignos de tutela – não consideradas naquela equação inicial.

Por fim, diferentemente do que ocorre na sistemática geral do Código de Processo Civil, a inexecuibilidade do conteúdo da sentença ou das decisões anteriores não nos conduz ao exaurimento – nem mesmo parcial – do núcleo da sentença ou acórdão estruturante. Diante da própria técnica dos ciclos de decisão, encontrados obstáculos materiais intransponíveis em determinada via, cabe ao juízo de execução redefinir as estratégias de implementação do julgado, com a participação das partes e demais interessados²⁸.

3.3. O desempenho concomitante de atividades de cognição e de execução

O modelo de “decisões em cascata” no litígio estrutural, com nossas escusas pela ironia, assemelha-se a se trocar o pneu de um carro em movimento. Enquanto

27. *Mutatis mutandis*: “O legislador (assim como o poder público em geral) não pode, portanto, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado” (SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75. Porto Alegre: Síntese, 2009, p. 139).

28. Referindo-se à adoção do método das tentativas e do “erro e acerto”: VIOLIN, *op. cit.*, p. 323); ARENHART, Sergio. *Op. cit.*, p. 400.

se apreende o caso, já se interfere na realidade: há cognição e execução ao mesmo tempo e, possivelmente, em mais de uma instância.

Não se trata de novidade para o Direito Processual: o deferimento de tutela provisória ou o julgamento parcial do mérito podem nos conduzir, em uma mesma fase do processo, a atividades concomitantes de cognição e de execução. A interposição de recursos, ao seu turno, desloca verticalmente parte dessas atividades, dispersando-as por mais de uma instância.

O modelo estrutural, de qualquer modo, potencializa esse cenário de complexidade, mediante vários ciclos de decisão, onde a tomada de nova decisão não pressupõe a estabilização do capítulo anterior da estória, quer pela recorribilidade imediata de cada decisão, quer pela flexibilização da própria coisa julgada, mencionada no item anterior. Neste modelo, na fase de execução encontraremos novos pedidos, novas impugnações, nova produção de provas etc.

A estrutura criada pelo Código de Processo Civil para a fase de cumprimento não se mostra adequada a esse formato: vai uma longa distância entre o cumprimento tradicional de uma obrigação de fazer e uma reforma estrutural. Por isso, pedimos vênia para submeter alguns pontos à reflexão dos colegas.

Primeiro, o direito brasileiro tende a não admitir a participação de assistentes e de “*amici curiae*” na fase de cumprimento do julgado, justamente porque não haveria mais espaço para se defender determinado ponto de vista: essa fase de convencimento teria se exaurido com o trânsito em julgado²⁹. Nos processos estruturais, porém, ocorre o contrário: a fase de cumprimento sinaliza para o aumento de complexidade do feito, tornando ainda mais necessária a ampliação dos debates em contraditório. Como narra Jordão Violin, tomando por base a reforma do sistema prisional do Arkansas, “quanto mais próximo da conformidade aos valores constitucionais estava o sistema prisional, mais complexa se tornava a atividade jurisdicional”³⁰. É dizer: quanto mais progride o cumprimento do julgado, maior tende a ser a sua complexidade.

Se o caráter genérico da sentença pode ser utilizado também como um expediente na busca do consenso³¹, há de chegar o momento em que não bastam as cláusulas com

29. Neste sentido: “De fato, a assistência simples (adesiva) é facultada àquele que ‘seja titular de uma relação jurídica sujeita a sofrer efeitos reflexos da sentença’ (REsp 724.507/PR, 1ª Turma, DJ 5/10/2006). Tratando-se de processo de execução de título extrajudicial, como na hipótese, esta Corte já manifestou entendimento no sentido de que a intervenção de terceiros, na forma de assistência, é inviável em processo de execução. Isso porque a ação executiva, ao contrário do exigido pelo caput do dispositivo legal ora em análise, ‘não tende à obtenção de sentença’, ‘destinando-se apenas à realização de atos concretos para realização coativa do título’ que lhe serve de lastro (REsp 329.059/SP, 6ª Turma, DJ 04/03/2002)” (STJ, REsp 1727944/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19/06/2018, DJe 25/06/2018).

30. *Op. cit.*, p. 326.

31. Segundo a velha premissa de que “menos é mais”, quanto menor o detalhamento, maior a possibilidade de adesão. É mais fácil se convencerem as pessoas acerca da necessidade de “reforma

textura aberta ou os compromissos futuros. É necessário se especificarem os comandos judiciais, descrevendo-se passo a passo os comportamentos a serem praticados. Nessa etapa, será “extremamente difícil estabelecer uma ligação entre direitos inespecíficos e medidas específicas”³².

Por tais razões, é assente na doutrina a possibilidade de participação dos assistentes e “*amici curiae*” na fase de cumprimento, de modo a contribuir para o enfrentamento da complexidade inerente à reforma estrutural³³. Sem essa pluralidade de atores, estaríamos a jogar o xadrez sem todas as peças, lacuna poderia comprometer o êxito da operação.

Segundo, dando-se um passo além, parece-nos conveniente revisitar os poderes atribuídos a esses partícipes, pois o modelo positivado no Código de Processo Civil não teve em mente os litígios estruturais.

Como cediço, tradicionalmente se dosam os poderes processuais desses partícipes a partir de uma análise apriorística acerca de seu interesse no litígio e, conseqüentemente, de sua inclusão em categorias predeterminadas pelo sistema: partes, assistentes litisconsorciais, assistentes simples, “*amici curiae*”. Quanto mais longe do núcleo do problema, menores os poderes processuais de determinado ator, em uma escala necessária e decrescente.

Entretanto, se a reforma estrutural pode afetar diretamente interesses de vários grupos, formando uma composição policêntrica, retomando-se a metáfora do xadrez, como separar os peões dos bispos e cavalos? Que peças serão sacrificadas para a salvaguarda dos reis?

Não nos parece possível se atribuir a apenas alguns dos atores, por exemplo, o poder de negociação nos autos. Na ótica individualista, ressalvada a assistência litisconsorcial, que confere poderes análogos ao de um litisconsorte, os demais intervenientes possuem basicamente direito à voz, mas sem exercer papel significativo no processo de negociação, que não podem sequer obstar.

Nos processos estruturais, do mesmo modo que falamos em “decisões em cascata”, também se mostra salutar a possibilidade de “negociações em cascata”³⁴,

do sistema prisional”, do que propriamente sobre a construção de novas unidades prisionais em determinados locais ou sobre outras medidas específicas, talvez necessárias ao alcance daquele estado de coisas.

32. David Zaring, *apud* BAUERMAN, Desirê. *Structural injunctions* no direito norte-americano. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 286.
33. Neste sentido, VITORELLI, Edílson. *Op. cit.*, p. 398; COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em Juízo. *Revista de processo*, v. 212. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 35 ss.; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. *Revista de processo*, v. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 121 ss.
34. É possível imaginar que uma das tarefas do ciclo de decisões seja desmontar possíveis bloqueios políticos à negociação, criando condições favoráveis à harmonização dos interesses. Os métodos

com formatos variados: algumas em bloco (mediante anuência de todos os partícipes); outras de modo parcial, mas multilateral; outras, ainda, estritamente bilaterais, a depender do grau de abrangência do ponto negociado e de sua repercussão no produto final.

A participação em determinada mesa de negociações não se põe na dependência da categoria adotada para a inserção de determinado ator na relação processual, mas das questões afetas ao seu polo de interesses.

Terceiro, essa forma de distribuição das peças pelo tabuleiro também pode desafiar arranjos inovadores, no que diz respeito ao patrocínio dos interesses em jogo: nada impede que a Defensoria Pública possa representar mais de um polo de interesses e ter mais de um membro atuando na causa, como autonomia em relação aos demais. Tantos forem os grupos atingidos pela reforma estrutural pretendida – e observada a característica da hipossuficiência – tantos podem ser os agentes daquela instituição, cadastrados no processo, defendendo, inclusive, pontos de vista diametralmente opostos. Os processos estruturais também se prestam como cenário para a participação de mais de um ramo do Ministério Público, para além do litisconsórcio previsto no art. 5º, §5º, da Lei da Ação Civil Pública.

Quarto, convém também discutir-se a possibilidade de se regular o comportamento da parte autora, ainda que vitoriosa na fase de conhecimento e mesmo na ausência de reconvenção ou pedido contraposto. O enfrentamento à hipercomplexidade dos litígios estruturais frequentemente exige medidas mais abrangentes, que não necessariamente ocorrem em uma via de mão única (no sentido vitorioso – sucumbente).

Como enfatizam Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria, nos litígios estruturais o resultado do processo nem sempre se adequa às posições estanques de procedência ou improcedência do pedido³⁵. Ademais, se a ênfase à proteção dos bens jurídicos permite se flexibilizar a regra da congruência externa, alargando-se a esfera de atuação do magistrado, também haveria de permitir a adoção de técnica semelhante à ação dúplice, sujeitando-se a parte autora ao programa de reforma estrutural.

Enfim, à míngua de regulamentação específica, resta-nos adaptar o procedimento comum ao enfrentamento desse tipo de litígio, acoplando-lhe ferramentas adequadas às suas peculiaridades.

Agradeço novamente ao Presidente da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo – ANNEP pelo convite, à organização local do encontro pela “calorosa” acolhida nesta capital piauiense, ao senhores e senhoras pela atenção e aos meus colegas de mesa, Professores Marco Félix Jobim e Pedro Bentes Pinheiro Filho, por repartirem conosco seus conhecimentos sobre este relevante tema.

autocompositivos e heterocompositivos podem ser utilizados de forma complementar e não necessariamente excludente.

35. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, pp. 361-2.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENHART, Sergio. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de processo*, v. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BAUERMANN, Desirê. *Structural injunctions* no direito norte-americano. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em Juízo. *Revista de processo*, v. 212. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.4. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- PUGA, Mariela. *La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75. Porto Alegre: Síntese, 2009.
- THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. *Revista de processo*, v. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- VERBIC, Francisco. *Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina – dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.